

جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

مدى ضمان المقاول والمهندس المعماري في مقاولات الأبنية

إعداد الطالبة
فريال خليل أبو سرحان

إشراف
الدكتور زيـــد العقايلـــــة

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا
استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة
الماجستير في القانون قسم القانون الخاص

جامعة مؤتة 2007

الآراء الواردة في الرسالة الجامعية لا تعبر بالضرورة عن رأي جامعة مؤتة

بسم الله الرحمن الرحيم



MUTAH UNIVERSITY
Deanship of Graduate Studies

جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

نموذج رقم (14)

إجازة رسالة جامعية

تقرر إجازة الرسالة المقدمة من الطالبة فريال خليل أبو سرحان الموسومة بـــ:

مدى ضمان المقاول والمهندس المعماري في مقاولات الأبنية

استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في **القانون.**

القسم: القانون الخاص.

	التوقيع	التاريخ	
د. زيد محمود العقايلة		2007/7/25	مشرفاً ورئيسا
د. جعفر محمود المغربي		2007/7/25	عضواً
د. عبد العزيز سلمان الصاصمة		2007/7/25	عضواً
د. مهند أبو مغلي		2007/7/25	عضواً

عميد الدراسات العليا

أ.د. حسام الدين المبيضين

MUTAH-KARAK-JORDAN
Postal Code: 61710
TEL :03/2372380-99
Ext. 5328-5330
FAX:03/ 2375694
e-mail: dgs@mutah.edu.jo sedgs@mutah.edu.jo
http://www.mutah.edu.jo/gradest/derasat.htm

مؤته – الكرك – الاردن
الرمز البريدي :61710
تلفون :03/2372380-99
فرعي 5328-5330
فاكس 03/2 375694
البريد الالكتروني
الصفحة الالكترونية

الإهـــــداء

إلى القلبين الحانيين العامرين بالصفح عني
إلى العيون التي تسهر لأرقي وألمي

(إلى أمي وأبي)

إلى الشموع الثمانية التي أنارت ليَ الطريق رغم صغرها

(إخوتي الأحباء)

إلى تلك الأضواء المنيرة أضواء الأخوة والمحبة والألفة

(أخواتي وصديقاتي)

إلى مسقط رأسي الجبل الشامخ فلسطين الحبيبة
إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد

فريال خليل أبو سرحان

الشكر والتقدير

بدايةً كل الشكر والحمد لله تعالى على واسع كرمه ونعمه الظاهرة والباطنة قديماً وحديثاً والذي لا أعتمد إلا عليه ولا توفيقي إلا به.

كما أشكر جامعة مؤتة وبالأخص كلية الحقوق التي استضافتني طيلة مـــدة دراستي في البكالوريوس والماجستير.

كما أُثمن بالشكر والتقدير الدكتور زيد العقايلة رئيس قسم القانون الخـــاص على إشرافه وعلمه الذي أحاطني به من خلال توجيهاته ومعلوماته القيمـــه التـــي كان لها الأثر الكبير في إخراج هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر إلى الدكتور مهند أبو مغلي من جامعة الـــشرق الأوســـط للدراسات العليا والأستاذ الدكتور عبد العزيز اللصاصمه ومعلمي الدكتور جعفر المغرضي عميد كلية الحقوق في جامعة مؤتة الذين تفضلوا بقبول مناقـــشة هـــذه الرسالة.

ولا أنسى أخيراً شقيقي خالد الذي كان دائماً عوناً لي معنوياً ومادياً وأُختي منال الصرايرة التي تحملت معي عناء طباعة هذه الرسالة، فلهما مني كل الشكر والإمتنان.

فريال خليل أبو سرحان

فهرس المحتويات

الملخص

مدى ضمان المهندس ومقاول البناء في مقاولات الأبنية

فريال خليل أبو سرحان

جامعة مؤتة 2007

لم يترك المشرع الأردني مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء خاضعة للقواعد العامة التي تحكم عقد المقاولة بل أفرد لها نصوصاً خاصة؛ وذلك بسبب ما يترتب على تهدم المباني من آثار سلبية على صاحب العمل وأضرار جسيمة تصيب الأرواح والأموال. لذلك فقد شدد المشرع الأردني في القانون المدني على مسؤولية المهندس والمقاول لحثهم على بذل عناية أكبر واتخاذ كل الاحتياطات التي تكفل أن تكون المباني سليمة خاصة أن صاحب العمل غالباً ما يكون جاهلاً بفن البناء وبالتالي لا يستطيع اكتشاف العيب وقت تسلمه للبناء. وقد أفرد المشرع الأردني هذه الأحكام الخاصة في المواد (788-791) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

إذاً فمسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية خاصة أُنشئت بمقتضى نص خاص؛ أي أنها استثنائية من القواعد العامة وبالتالي فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها. من هنا جاءت هذه الدراسة لتتناول مدى ضمان المقاول والمهندس في مقاولات الأبنية بعد تسليمها لصاحب العمل، وقد تم تقسيمها لأربعة فصول: تناولنا في الفصل الأول المبحث التمهيدي وفي الفصل الثاني الشروط الواجب توافرها لتحقيق الضمان العشري وفي الفصل الثالث نطاق تطبيق الضمان العشري وفي الفصل الرابع الآثار المترتبة على تحقق الضمان. وفي نهاية الدراسة عرضنا لأهم النتائج والتوصيات.

Abstract

The Scope of the Engineer's and Contractor's Liability in the Buildings Contract

Feryal Khalel Abu-Sarhan

Mu'tah University, 2007

The Jordanian legislator does not leave the liability of the engineers and building contractors subject to the general rules governing the building contracts, but it has laid down special provisions because of the negative effects that may result from the building damages which endanger the lives and properties of the others. The Jordanian legislator has laid down special provisions in order to urge the engineer as well as the contractor to take all precautionary measures that guarantee the safety of the buildings, especially if we know that the employer does not often know the building techniques, and accordingly he is not able to discover the defect at the time of receiving the building. The liability of the engineer and the contactor is a special liability that arise by virtue of special provision, i. e. it is an exception of the general rules of law.

This study discusses the scope of the engineer's and contractor's liability in the building contracts. It is divided into four chapters. The first is an introduction to the subject; the second discusses the conditions that must be available in the tenth liability; the third discusses the scope of the tenth liability and the fourth discusses the effects of the tenth liability.

مقدمة:

لم يعد الضمان بشكل عام في الوقت الحاضر مجرد مطلب إنساني فحسب بل أصبح فضلاً عن ذلك ضرورة اقتصادية تسعى جميع الدول على اختلاف اتجاهاتها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لتحقيقه وتوفيره لمواطنيها بعد أن ثبت علمياً أن الازدهار الاقتصادي يتصاعد مع ارتفاع مستوى صحة ووعي طبقات المجتمع المختلفة.

ومن هنا جاءت أهمية الضمان، فقد حظي بعناية خاصة ضمن الميثاق الوطني الأردني حيث جاءت صياغة الميثاق الوطني بإرساء قواعد العمل الوطني العام وتحديد مناهجه، وتوضيح معالم الطريق إلى المستقبل[1].

وقد جاءت هذه النصوص شاملة لكل مجالات الحياة السياسية من حيث ترسيخ دعائم دولة القانون وسيادته وتعميق النهج الديمقراطي، وتحرير الاقتصاد الوطني من التبعية ليعتبر دعامة حقيقية من دعائم استقلال الوطن وأمنه، والاقتصادية أيضاً من حيث قيام النظام الاقتصادي على أساس احترام الملكية الخاصة وتشجيع المبادرة الفردية، وتأكيد ملكية الدولة للموارد والمشاريع وحقها في إدارتها والإشراف عليها حسبما تقتضيه المصلحة العامة[2].

من هنا كان من الطبيعي أن تتحمل الدولة عبء توفير البنية الأساسية في جميع مناطق المملكة، حيث اتسع دور الدولة وازداد تدخلها في النشاطات الاقتصادية، والنتيجة الحتمية لذلك هي اتجاه الدولة إلى استثمار المال العام في مجال المشاريع الإسكانية والمرفقية، وذلك كي تفي الدولة بالتزاماتها نحو أفرادها وإشباع حاجاتهم بإيجاد المسكن والمرفق الملائم لها.

ولم يقف الأمر عند دور الدولة بل إن أصحاب رؤوس الأموال المستثمرة والكبيرة والشركات الخاصة اتجهوا إلى مثل هذا النوع من النشاط وذلك بسبب الزيادة الهائلة في عدد السكان، وما يتطلب ذلك من تشييد أبنية لغايات السكن أو ممارسة النشاطات التجارية وهذا بدوره يتطلب وضوح التشريعات وتكاملها وتطويرها بما يتناسب والتطورات الداخلية والخارجية.

---

(1) الميثاق الوطني الأردني لعام 1990، الفصل الأول، أسباب وأهداف.

(2) الفصل الرابع من الميثاق الوطني.

وانطلاقاً من كل ما سبق فقد آثرنا تناول موضوع مدى ضمان المهندس والمقاول في مقاولات الأبنية بعد تسلم البناء حيث غدا كل مهندس ومقاول يقوم بتشييد بناء مسئولاً عما يحدث في هذا البناء من أضرار طبقاً لأحكام الضمان الخاص والذي أقره المشرع في المواد (788 - 791) ضمن الأحكام الخاصة بعقد المقاولة من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

لذلك جاءت هذه الأطروحة لتناقش موضوع ضمان المهندس والمقاول وذلك من خلال دراسة قواعد المسئولية المقررة بنص القانون وتحليلها من أجل معرفة مدى فاعليتها على أرض الواقع.

وقد عانيت كثيراً من قلة المراجع وذلك بسبب وجودي في الضفة الغربية والحصار الذي نعيشه وظروف السفر الصعبة، كل هذه الظروف تضافرت كي تقف بدراستي عند هذا الحد الذي ارتضيته واقعاً والحمد لله على هذا الحد.

تمهيد

يخضع كل من المقاول والمهندس - بحكم كون كل منهما مرتبطاً مع صاحب العمل بعقد المقاولة للأحكام العامة في المسئولية العقدية[3] حيث وضع المشرع الأردني أحكاماً لتحقيق الضمان على المتعاقد المخل بالتزامه الناشئ عن العقد المبرم بينه وبين المتعاقد الآخر، سواءً أكان هذا الإخلال قد بدر منه قبل البدء بتنفيذ العقد، أو أثناء هذا التنفيذ، أو حتى بعد الانتهاء منه ما دام أن العلاقة العقدية بين المتعاقدين ما زالت قائمة ولم يتم التسليم بعد[4].

فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أُجبر على ذلك متى كان التنفيذ العيني ممكناً، وهذا ما نصت عليه المادة (355) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 في فقرتها الأولى بقولها "يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ ما التزمه تنفيذاً عينياً متى كان هذا ممكناً".

ومن جهة ثانية، فإن المقاول والمهندس يخضعان للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها وأركانها، وذلك خارج نطاق الرابطة العقدية التي تربط كل منهما بصاحب العمل وعليه فقد وضع المشرع الأردني في القانون المدني الأردني أحكاماً للضمان الناتج عن الفعل الضار حيث نصت المادة (256) من القانون المدني الأردني على أنه "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، كما يسأل المقاول بضمان ما يتولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة[5].

---

(3) كما أن المقاول والمهندس يخضعان للمسئولية الجنائية، حيث يسأل كل منهما عن القتل الخطأ والإصابة الخطأ وذلك في حالة إنهيار البناء وإذا نجم على ذلك وفاة شخص أو إصابته نتيجه لخطأ في التنفيذ أو التصميم، مع توافر علاقة السببية بين الخطأ المنسوب إلى المتهم والنتيجه. أنظر في ذلك غنام محمد غنام، المسئولية الجنائية لمشيدي البناء (المقاول، مهندس البناء، صاحب البناء)، القسم الأول، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشرة، العدد الثالث/ الكويت،1995، ص(97 - 99).

(4) يسن، عبدالرازق حسين، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، 1987، ص16.

(5) نصت المادة (786) من القانون المدني الأردني على أنه "يضمن المقاول ما تولد عن فعله أو صنعه من ضرر أو خساره سواء كان بتعديه أو تقصيره أم لا، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه".

وبالنتيجة يلتزم المقاول بأداء العمل وتنفيذ التزامه وفقاً لما اشترط عليه في العقد، ولما تقتضيه أصول المهنة والعمل، وبعكس ذلك فإنه يعتبر مخلاً بالتزامه مع ما يترتب على هذا الإخلال من آثار سواءً أكان الإخلال لإلتزام تعاقدي، أو حدوث خطأ منه ترتب عليه ضرر لحق بالغير أو بصاحب العمل.

ليس هذا فحسب بل إن المشرع الأردني وضع قواعد خاصة للمسئولية المترتبة على المقاول والمهندس وذلك ضمن أحكام عقد المقاولة في القانون المدني الأردني.

وقد أورد المشرع الأردني هذه الأحكام في المواد (788 -791) من القانون المدني الأردني حيث أقرّ المشرع في المواد السابقة نوعاً من الضمان لصالح صاحب العمل في حالة أن يكون محل العقد إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة.

وقد شدد المشرع من مسئولية المقاول والمهندس بحيث أخضعهما لأحكام الضمان الخاصة مدة عشر سنوات يلتزم خلالها كل منهما وبالتضامن بضمان عدم انهيار البناء كلياً أو جزئياً.

ويلاحظ أن الضمان العشري ليس مقرراً لصالح كل شخص لحق به ضرر في حالة انهيار البناء وإنما لصالح صاحب العمل فقط[6].

مشكلة الدراسة:

هذه الدراسة تناقش المدى الذي وصلت فيه فعالية أحكام الضمان العشري والمتعلقة بالمقاول والمهندس، علماً بأن هذا الضمان يكتسب أهمية خاصة في المسئولية المدنية، حيث أنه ورد بنص خاص وذلك خروجاً على القواعد العامة في المسئولية المدنية والواردة في القانون المدني الأردني، كما أن العشر سنوات المنصوص عليها في المادة (788) من القانون المدني الأردني هي ضمانه وحماية مشددة أقرّها المشرع لصالح صاحب العمل تجاه المقاول والمهندس لاختبار متانة البناء وسلامته.

(6) غنام، محمد غنام، المرجع السابق، ص107.

وقد آثرنا تناول موضوع ضمان المقاول والمهندس بعد تسلم البناء والمسئولية المترتبة على كل منهما في حال حدوث تهدم (كلي أو جزئي) في البناء أو حدوث عيب جسيم فيه يهدد سلامته ومتانته.

أهمية الدراسة وأهدافها:

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة مدى كفاية النصوص التشريعية الخاصة بالضمان العشري لمنح الحماية التي أرادها المشرع ألا وهي حماية صاحب العمل مدنياً في مواجهة انهيار البناء أو حدوث عيب جسيم يهدد سلامته خاصة بعد ما حدث ويحدث اليوم من انهيارات وكوارث تهدد سلامة البناء وسلامة من فيه، وإلى مدى الحاجة إلى قانون خاص يعيد تنظيم هذه المسئولية بشيء من التفصيل وبما يواكب متطلبات العصر ويتلاءم مع مقتضيات الحداثة.

والحقيقة أن هناك عدة مؤلفات ودراسات حول هذا الموضوع ولكن هذه الدراسات جاءت محصورة ومقتصرة على ضمان المقاول والمهندس بشكل عام وتعريف عقد المقاولة، وذلك نظراً لارتباطه بالحياة الاجتماعية والاقتصادية للناس، لكنها لم تبحث بالتفصيل الضمان العشري وتناقشه من جميع جوانبه.

خطة الدراسة:

تتناول هذه الأطروحة دراسة أحكام الضمان الخاص بالمقاول والمهندس وهو ما يسمى بالضمان العشري وتتكون هذه الدراسة من فصلين: قدمنا لها بتمهيدي يتناول المقدمة وأهمية الدراسة وأهدافها، الفصل الأول ونناقش فيه الشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام الضمان العشري الشرط الأول أن يكون العقد المبرم بين كل من المقاول والمهندس وبين صاحب العمل عقد مقاولة، أما الشرط الثاني فيتناول الشرط الثاني وهو أن يكون هناك تسليم للبناء حيث أن فترة تنفيذ العقد لا تدخل أصلاً في نطاق أحكام هذا الضمان فهذه المسئولية الخاصة تترتب على المقاول والمهندس بعد تمام إنجاز البناء وتسليمه إلى صاحب العمل، أما الشرط الثالث فيتناول الشرط الثالث وهو حدوث التهدم أو العيب خلال عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسليم البناء.

الفصل الثاني يتضمن دراسة نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري من حيث الأشخاص وذلك ضمن الجزء الأول منه، ومن ثم دراسة نطاق تطبيقه من حيث الأضرار التي يشملها والتي نص عليها القانون المدني الأردني كما سنرى لاحقاً وذلك ضمن الجزء الثاني.

الفصل الثالث ونعالج فيه الآثار المترتبة على تحقيق الضمان من خلال دراسة دعوى الضمان من حيث بيان أطرافها وسببها وتقادمها، وذلك في الجزء الأول منه، ثم نشير بعد ذلك إلى انتفاء مسئولية كل من المقاول والمهندس وذلك بنفي الخطأ والتقصير أو إثبات السبب الأجنبي في الجزء الثاني، ونختم هذا الفصل بالتعرض لجزاء الضمان وهو التعويض من حيث توضيح ماهية التعويض المترتب على الضمان ومن ثم نتطرق لطرق التعويض وأخيراً نختم هذه الدراسة بإيراد أبرز النتائج والتوصيات.

الفصل الأول

الشروط الواجب توافرها لتحقيق الضمان العشري

تمهيد:

أقرّ المشرع الأردني في القانون المدني الأردني نوعاً من الضمان لـصالح صاحب البناء خلال مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم البناء، يلتـزم خلالهـا المقاول والمهندس نتحمل تبعة انهيار البناء كلياً أو جزئياً.

ومن هنا كان من الضروري لنا قبل الشروع في بيان أحكام هذا الـضمان أن نستعرض الشروط الواجب توافرها لتحقيقه.

يظهر لنا من نص المادة (788) من القانون المدني الأردني، أنه يجب لقيام مسئولية المقاول والمهندس تجاه صاحب العمل أن يكون العقد الذي ينعقـد بـين صاحب العمل والمقاول عقد مقاولة، كما يجب أن يكون البناء قد تم تسليمه إلـى صاحب العمل حيث أن فترة التنفيذ لا تدخل أصلاً في نطاق أحكام هذا الـضمان، كذلك لا بد من حدوث التهدم (الكلي أو الجزئي) خلال مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء.

وبناءً على ذلك، فان هذا الفصل سوف يتم تخصيصه لدراسـة الـشروط التالية:

1.1 وجود عقد مقاولة

إن دراسة هذا الشرط تقتضي منا التعرض لعقـد المقاولـة[7] مـن حيـث تعريفه، وبيان خصائصه، وتمييزه عن أهم العقود التي قد تشتبه به وأخيراً محـل (موضوع) عقد المقاولة.

---

(7) عقد المقاولة من العقود المسماة التي نظمها المشرع الأردني في القانون المدني في الفصل الأول مـن الباب الثالث والخاص بالعقود الواردة على العمل. وقد خصص المشرع الأردني لعقد المقاولة المـواد (780 -804) من القانون المدني.

1.1.1 ماهية عقد المقاولة وبيان خصائصه

وفيه تناول: ماهية عقد المقاولة، ومن ثم بيان خصائص عقد المقاولة.

1.1.1.1 ماهية عقد المقاولة

العقد لغة : الإحكام والشد، ويقال عقدت الحبل من باب ضـــرب فانعقــد، ومنـــه عاقدته على كذا بمعنى عاهدته[8].

وقد عرفت المادة (87) من القانون المدني الأردني العقد على أنه "ارتبـــاط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثـــره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخـــر".

ونلاحظ من التعريف السابق أن العقد يجب أن يتوافر فيه أمران هما:

1- ضرورة توافق إرادتين.

2- أن يترتب على هذا التوافق إنشاء التزام معين، أي إنشاء واجب قانوني ملـــزم تجاه كل منهما للآخر.

المقاولة لغةً : "اتفاق بين طرفين، تعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين، بأجر محدود في مدة معينة" أما المقاول "فهو من يتعهد بالقيام بعمل معـــين مـــستكمل لشروط خاصة، كبناء بيت وإصلاح طريق[9] وقاوله في الأمر، فاوضه وجادلـــه، وقاوله أعطاه العمل[10].

المقاولة اصطلاحاً:عرف القانون المدني الأردني المقاولة في المادة (780) منـــه على أنها "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بـــدل يتعهد به الطرف الآخر".

---

(8) الفيومي، أحمد بن محمد ، المصباح المنير، كتاب العين" في العين مع القاف ومـــا يثلثهمـــا"، الجـــزء الثاني، المكتبة العلمية للنشر، بيروت، ص430.

(9) مصطفى، إبراهيم، الريان، المعجم الوسيط، أحمد حسن ، الجـــزء الثـــاني، مجمـــع اللغـــة العربيـــة، القاهرة،1960 ص773.

(10) راجع في ذلك المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية، الطبعـــة الأولـــى، القـــاهرة، 1980 ص530 -531.

ونلاحظ من التعريف السابق أن المشرع الأردني استعاض عن كلمة الأجر الواردة في النص المصري[11] بكلمة البدل.

وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، سبب وضع كلمة (بدل) عوضاً عن كلمة (أجر) حيث قالت : "وقد غلب استعمال الأجر على الثمن باعتبار أن الاستصناع بيع شرط فيه العمل وقد رئي أن يوضع عوض عن كلمة الأجر كلمة البدل لتشمل الثمن والأجرة [12].

ويبدو لنا أن وصف المشرع لما يلتزم به صاحب العمل بالبدل أصوب من القانون المصري وذلك لتمييزه عن كل من عقدي البيع والإيجار، حيث أن لعقد المقاولة طبيعته وأحكامه الخاصة به، والتي تميزه عن غيره من العقود.

كما أن كلمة البدل أدق في التعبير من كلمة الأجر، لأنها تراعي التطور الذي طرأ على هذا العقد، بسبب اتساع ميدان العمل واتجاه الناس إلى رفع شأن العامل والإعراض عن تسميته بالأجير[13].

كما يلاحظ على نص المادة (780) من القانون المدني الأردني أن مضمونها جاء معيباً وذلك لأنها أهملت حقيقة أساسية، وهي أن المقاول يعمل بشكل مستقل عن صاحب العمل، بالتالي لم تميز بين عقد المقاولة وعقد العمل لذلك جاءت التعريفات الفقهية لتبرز خاصية استقلال المقاول عن صاحب العمل في تنفيذه للعقد.

فقد عرفه محمد لبيب شنب بأنه "عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه وإدارته"[14].

---

(11) نصت المادة (646) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 على أن عقد المقاولة "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

(12) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الطبعة الثالثة، 1992، عمان، مطبعة التوفيق، ص582.

(13) أبو البصل، علي عبدالأحمد، عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه، دراسة فقهية مقارنة، الجامعة الأردنية، 1995، ص17؛ أيضاً وهبة الزهيلي العقود المسماة في قانون المقاولات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، 1978، دار الفكر للنشر، ص275.

(14) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف بالاسكندرية، 2004 بند6، ص11.

كما عرفه مازو وتونيك بأنه "ذلك العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر يقال له رب العمل، بأن ينفذ له[15] عملاً مقابل أجر، مستقلاً عنه، ودون أن تكون له صفة تمثيلية. كما يعرفه عبد الرازق يس بأنه "عقد يتعهد طرفاه فيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر لقاء أجر مستقلاً عن إدارته وإشرافه".

إذاً يتبين لنا من التعريفات الفقهية السابقة بأنها أكثر دقة من التعريف القانوني لعقد المقاولة حيث أنه أبرز خاصية أساسية لهذا العقد وهي استقلالية المقاول عن صاحب العمل ويترتب على ذلك أن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل، ولا يكون مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

أما بالنسبة لموقف القضاء الأردني، فقد ورد في أحد القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية أن "المقاولة المسماة اصطلاحاً (بالتعهد) هو عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر"[16]

كما ركزت محكمة التمييز الأردنية في العديد من قراراتها على استقلالية المقاول عن صاحب العمل حيث يحتفظ المقاول باستقلاله في تنفيذ العمل المعهود به إليه بحرية دون أن يكون هناك تبعية لصاحب العمل[17].

من هنا يمكن لنا تعريف عقد المقاولة بأنه " عقد يتعهد به أحد طرفيه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر ومستقلاً عن إدارته وإشرافه.

2.1.1. خصائص عقد المقاولة

---

(15) مازو وتونيك، دروس في القانون المدني ط5، 1980، جـ3، مجلد3، فقرة 1331، ص743 أشار إليه يسن في المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ص83.

(16) تمييز حقوق رقم 1956/41، مجلة نقابة المحامين، 1956، ص211؛ أيضاً تمييز حقوق رقم 2003/2890، بتاريخ 2004/5/13، منشورات مركز عدالة.

(17) أنظر في ذلك تمييز حقوق رقم 1980/106، مجلة نقابة المحامين، 1980، ص1626؛ تمييز حقوق رقم 2005/1924، بتاريخ 2006/6/7، منشورات مركز عدالة؛ تمييز حقوق رقم 2001/1681 المجلة القضائية رقم (8)، بتاريخ 2001/1/1، ص70؛ تمييز حقوق رقم 2001/2964، بتاريخ 2002/1/30 211، منشورات مركز عدالة.

يناقش هذا الجزء أهم خصائص عقد المقاولة مستفيدين من التعريف الـــذي أورده المشرع الأردني لهذا العقد.

أولاً : أنه عقد رضائي:

ويعني أنه لا يشترط إتباع شكل معين لانعقاد العقد فهـــو ينعقـــد بمجـــرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقهما، وعليه يجوز انعقـــاده بالكتابة أو مشافهةً[18]. أما ما جرى عليه العمل من كتابة عقـــود المقاولـــة فلـــيس لإيجاد العقد أو انعقاده، وإنما لإثباته أو إثبات بعـــض بنـــوده خاصـــةً أن عقـــود المقاولات أصبحت على درجة كبيرة من الأهمية[19].

كما يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين هما الـــشيء المطلـــوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول، والبدل الـــذي يلتـــزم بـــه صـــاحب العمـــل[20] .

ثانياً: عقد ملزم للجانبين ومن عقود المعاوضة:

أي يترتب عليه منذ إبرامه التزامات على عاتق كل من طرفيه، فالمقـــاول ملزم بإنجاز العمل المطلوب منه وفقاً للشروط والمواصفات ومن ثم تسليمه إلـــى صاحب العمل. وصاحب العمل ملزم بدفع البدل واستلام العمل بعد إنجازه[21] كما

---

(18) أنظر السرحان، عدنان، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالـــة، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1996، ص14 -15.

(19) والكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات عقد المقاولة متى كانت الكتابة ضرورية، قرار فرنسي رقم 23/ 945/10 دالوز 1946 أشار إليه السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديـــد فـــي العقـــود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والحراسة والوديعة، الجزء الأول، المجلد الأول، دار النهـــضة العربية القاهرة ، ص7، هامش 1؛ أيضاً أنظر في ذلك اليعقوب، ربحي واجبات ومسؤولية المهنـــدس ومقاول البناء في القانونين اللبناني والأردني رسالة دكتوراه الجامعة اللبنانية بيروت، ص50؛ أيضاً الفضلي، جعفر الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، هامش1 ص368 - ص16.

(20) قرارية، زياد شفيق، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، رسالة ماجـــستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 2004، ص2 -3.

(21) يسن، المرجع السابق، ص3؛ سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المـــدني الأردنـــي، دراســـة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص16 -17؛ أيضاً تمييـــز حقوق رقم 1991/319، مجلة نقابة المحامين، 1993، ص742.

أن الأصل في هذا العقد أنه من عقود المعاوضة أي أن كلاً من طرفيه يأخذ مقابلاً لما يعطيه فلا يوجد عقد مقاولة تبرعي[22].

ثالثا: من العقود الواردة على العمل:

إن عقد المقاولة في أساسه يرد على العمل باعتبار نتيجته بحيث يتحقق المعقود عليه من عمل المقاول[23] وهذا المقاول إما أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً وتظهر هذه الخاصية سواءً قدم المقاول عمله فحسب، أو تعداه إلى تقديم المواد بالإضافة إلى عمله وفقاً للمادة (781) من القانون المدني الأردني ولا يقلل هذا الرأي من قيام المهندس بأعمال ذهنية لازمة لأداء عمله كحساب الكميات أو تصميم المبنى..، لأن هذه الأعمال هي من مستوجبات التنفيذ، وتعتبر أعمال مادية بالتبعية للأداء الرئيسي في عقد المقاولة، والذي يغلب عليه أن يكون عملاً مادياً، والأحكام إنما تبنى على الغالب[24].

وقد أورد المشرع الأردني في الباب الثالث من القانون المدني الأردني العقود الواردة على العمل حيث اشتمل على خمسة عقود منها عقد المقاولة لكنه أفرد لكل منها أحكاما خاصة تجعلها مميزة عن غيرها من العقود وهذا ما سوف نوضحه في المطلب الثاني.

2.1.1 تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود

إن خصائص عقد المقاولة الذي ذكرناها سابقاً، تجعله متميزاً عن غيره من العقود، ومع ذلك فقد تدق التفرقة أحياناً بين عقد المقاولة وغيره من العقود، فيحصل الاشتباه بينهما ويثور الالتباس في تكييف ذلك العقد.

---

(22) راجع بالتفصيل حول هذه الخاصية، الشهاوي، المرجع السابق، ص16-17؛ أيضاً شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص16؛ المومني، أحمد، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار المنامه للنشر والتوزيع، الزرقاء- الأردن 1987، ص46؛ أيضاً تمييز حقوق رقم 2002/1058، منشورات مركز عدالة.

(23) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل. ص7؛ المومني، المرجع السابق، ص46-47.

(24) يسن، المرجع السابق، ص86-87.

وعليه فإن معرفة خصائص العقد، وما يميزه عن غيره من العقود هو ما ينبغي للباحث والقاضي دراسته وفهمه لإعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح لمعرفة طبيعته القانونية، وتطبيق الأحكام القانونية التي وضعها القانون له.

لذلك أردنا في هذا الجزء وبشيء من الإيجاز وتوخياً للقصد دراسة التمييز بين عقد المقاولة وأهم العقود التي قد تشتبه به ألا وهي عقد العمل وعقد الوكالة وعقد البيع وعقد الإيجار.

1.2.1.1 تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل

يعتبر عقد العمل من أهم العقود التي قد تشتبه بعقد المقاولة حيث تبين لنا من خلال تعريف كل منهما[25] أن كلاهما محله القيام بعمل بالإضافة إلى أن كلاً منهما يكون لقاء أجر.

فإذا كان كل من هذين العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التي يخضع لها أي منهما تختلف عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر[26]، خاصةً مسألة تحمل التبعة، حيث يتحملها المقاول دون العامل، أيضاً في الخضوع لقانون العمل من حيث التعليمات المتعلقة بساعات العمل، الإجازات وتقدير الأجر وضماناته حيث أن هذه التعليمات تسري على العامل دون المقاول.

لكن في الواقع العملي قد تدق التفرقة بين هذين العقدين لذلك من الأهمية تكييف العقد لبيان فيما إذا كان عقد مقاولة أم عقد عمل، لما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة تختلف باختلاف الأحكام التي يخضع لها كلا العقدين[27].

---

(25) عرفت المادة (708) من القانون المدني الأردني عقد المقاولة بأنه "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

بينما المادتين (805) من القانون المدني الأردني والمادة (2) من قانون العمل الأردني، رقم (8) لسنة 1996، عقد العمل بأنه "عقد يلتزم احد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر.

(26) انظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص8؛ أيضاً الشهاوي، المرجع السابق، ص25؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص54 -55.

(27) انظر حول أهمية التفرقة بين العقدين، يحيى، عبد الودود، شرح قانون العمل، ط1 1964، بند 7 ص27 29؛ أيضاً شنب، المرجع السابق، هامش 3، ص31 -34.

وعليه فإنه لابد من وضع معيار للتفرقة بين عقدي المقاولة والعمل لذلك فقد ظهرت آراء متباينة في سبيل وضع ضابط للتمييز بين العقدين[28].

وبعيداً عن الآراء المختلفة حول معيار التفرقة، فإن الرأي المسلم به فقهاً هو معيار التبعية القانونية والتي يقصد بها هيمنة صاحب العمل أثناء تنفيذ العقد على نشاط العامل"[29]. فبينما يكون العامل تابعاً لصاحب العمل من الناحية القانونية بحيث يكون لصاحب العمل الحق في الإشراف أو الإدارة وتوقيع الجزاء على العامل، فإن صاحب العمل في عقد المقاولة لا تكون له سلطة توقيع الجزاء على المقاول إنما له المطالبة بالتعويض[30].

يتبين مما سبق أن صاحب العمل مسئول عن العامل مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وهذا بعكس المقاول الذي لا يخضع لإدارة وتوجيه صاحب العمل؛ وذلك لأن المقاول يعمل مستقلاً عن صاحب العمل طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما.

وقد أخذ القانون الأردني بمعيار التبعية القانونية وهذا ما لاحظناه من خلال قراءة نص المادة (805) من القانون المدني والمادة (2) من قانون العمل والذي تم الإشارة إليه سابقاً[31] .

كما أن محكمة التمييز الأردنية أخذت بهذا المعيار عندما قضت في أحد قراراتها بأنه "يتضح من نص المادتين (780) و(805) من القانون المدني الأردني أن الفرق بين عقد المقاولة وعقد العمل هو أن عقد العمل يوجب على العامل أن يقوم بالعمل لمصلحة صاحب العمل وتحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر

---

(28) راجع في الآراء المختلفة التي قال بها الفقه يسن، المرجع السابق، ص94؛ أيضاً شنب، شرح قانون العمل، المرجع السابق، بند 68، ص 93-94، هامش2.

(29) يسن، المرجع السابق، ص94؛ هشام، رفعت هاشم، شرح قانون العمل الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، عمان - الأردن، 1990، ص56؛ مراد، محمد حلمي، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الطبعة الرابعة، بند 205، ص226؛ شنب، شرح قانون العمل، المرجع السابق، بند 35 ص49-50، بند 69، ص94-95.

(30) أبو شنب، أحمد عبدالكريم، شرح قانون العمل الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998 ص74.

(31) قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 4113، بتاريخ 1996/4/16، على الصفحة1173.

بينما عقد المقاولة لا يتطلب من المقاول أن يؤدي العمل تحت إشراف أو إدارة من يتعاقد معه"[32].

كما أن القضاء المصري أخذ بمعيار التبعية القانونية كما نصت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأن "تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة أو غيره من العقود هو بتوافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة (674) من التقنين المدني بقولها أن عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وما نصت عليه كذلك في المادة (42) من قانون العمل رقم (91) لسنة 1959 بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه ..." [33].

إذاً يتضح لنا مما سبق أن التشريع الأردني قد أخذ بمعيار التبعية القانونية كأساس للتفرقة بين عقدي المقاولة والعمل، مع وجود بعض الفوارق الأخرى التي قد تساعد في التمييز بينهما.

وقد أشار بعض فقهاء القانون المدني إلى بعض هذه الفوارق وأهمها[34].

1 - أن العامل في عقد العمل لابد أن يكون شخصاً طبيعياً، عكس المقاول في عقد المقاولة الذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

2 - إن المقاول في عقد المقاولة يضمن ما هلك تحت يده لأن يده يد ضمان أما العامل في عقد العمل فلا يضمن ما يعمل به بين يديه إلا إذا تعمد الإتلاف.

---

(32) تمييز حقوق رقم 86/458، 1986، ص1518، مجلة نقابة المحامين؛ أيضاً تمييز حقوق رقم 86/392، ص989، سنة 1986؛ تمييز حقوق رقم 80/106، 1980، ص1626؛ تمييز حقوق رقم 2004/1627، بتاريخ 2005، منشورات مركز عدالة.

(33) نقض 1982/6/10 طعن 775 س45 ق، نقلاً عن طلبة، أنور العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص234.

(34) انظر بالتفصيل، قرة، فتحية، أحكام عقد المقاولة، دار منشأة المعارف الإسكندرية، 1987، ص 30 - 33؛ السنهوري المرجع السابق، ص5 7؛ أيضاً رفعت، هشام، المرجع السابق، ص54 55 قرارية، المرجع السابق، ص(4 -32).

2.2.1.1 تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة

إن الجامع بين عقدي المقاولة والوكالة أمر واحد وهو أن كلاً منهما عقــد يرد على العمل وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير[35].

ومع ذلك يختلف العقدان نتيجة لاختلاف طبيعة كل منهما، فالمقاولة تكــون دائماً مأجورة أما الوكالة فقد تكون بدون أجر[36].

كما أن عقد المقاولة من العقود اللازمة عكس عقد الوكالة الذي هو بطبيعته عقد غير لازم ينتهي بعزل الموكِّل وكيله[37].

لذلك كان لابد من التمييز بين العقدين لما لهذا التمييز مــن نتــائج مهمــة تترتب عليه، ولأجل ذلك فإن بعض القوانين كالقانون المصري يشترط صراحة أن يكون محل عقد المقاولة عملاً مادياً بينما يشترط أن يكون هذا المحل فــي عقــد الوكالة تصرفاً قانونياً فقد أوردت المادة (699) من القانون المــدني المــصري[38] تعريف الوكالة بأنه (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قــانوني لحــساب الموكل) [39].

إذاً الوكالة بمقتضى النص السابق ترد على التصرفات القانونية فقط بينمــا وفقاً للمادة (646) من القانون المدني المصري فإن المقاولة ترد على صنع شيء أو تأدية عمل.

لكن هذا المعيار لا يصلح للتمييز بين العقدين في التشريع الأردني الذي لم يشترط أن يكون محل عقد الوكالة تصرفاً قانونياً بل يقبل أن يكون هذا العمل إمــا تصرفاً قانونياً، أو عملاً مادياً.

---

(35) الغلمي،عبدالعال عبدالفتاح، الوكالة في الفقه الإسلامي مع التطبيق على الوكالــة بالمعمولــه، رســالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص20.

(36) أنظر صابر، شربل طانيوس، عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد، بيروت، 1998، ص21.

(37) صابر، المرجع السابق، ص26.

(38) القانون المدني المصري حسب أحدث التعــديلات، شــتات، أســامه أحمــد، دار الكتــب القانونيــة، مصر،2004.

(39) أنظر في أهمية التمييز بين العقدين السنهوري المرجع الــسابق، ص14 16؛ الــشهاوي، المرجــع السابق، ص29 31؛ السرحان، المرجع السابق، ص5؛ اليعقــوب، المرجــع الــسابق، ص60-61 العمروسي أنور ، العقود الواردة على العمل، الطبعة الأولى، دار منــشأة المعــارف، الإســكندرية، 2002، ص15 - 20.

فقد نصت المادة (883) من القانون المدني الأردني على أن عقد الوكالة هو "عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم". إذا تبين لنا من عبارة (تصرف جائز ومعلوم) أنه قد يكون تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً، فقد جاءت هذه العبارة دون تحديد لماهية هذا التصرف.

وتأسيسا عمّا سبق، ذهب جانب من الفقه إلى اقتراح معيار يعتمد على فكرة النيابة بمعنى أن من يقوم بالعمل سواء أكان تصرفاً قانونياً أم عملاً مادياً نيابة عن غيره فإنه يعتبر وكيلاً، أما من يقوم بالعمل لمصلحة غيره دون أن يكون نائباً عنه فإن العقد هنا يعتبر عقد مقاولة [40].

ويرى جانب آخر من الفقه[41] أن الفرق بين عقدي المقاولة والوكالة، أمران أحدهما موضوعي والآخر شخصي.

فأما الموضوعي فهو طبيعة العمل المطلوب أدائه، فإذا كان هذا العمل في عقد المقاولة هو عمل مادي، فهو في عقد المقاولة تصرفٌ قانونيٌ.

أما الشخصي، فهو يظهر في الصفة التمثيلية بين الموكِّل ووكيله وانعدامها بين المقاول وصاحب العمل؛ ومعنى ذلك أن التصرفات القانونية التي يجريها الوكيل إنما تضاف مباشرة إلى الموكِّل ولا شيء منها ينصرف إلى الوكيل، أما المقاول فهو لا يمثل صاحب العمل ولا ينوب عنه بالتالي فإن الأعمال التي يقوم بها لا تنصرف إلى صاحب العمل بل تنصرف إليه هو[42].

وهذا لا يمنع من أن يكلف الشخص بالقيام بأعمال مادية وأخرى قانونية وفي هذه الحالة يعتبر هذا الشخص مقاولاً بالنسبة للأعمال المادية ووكيلاً بالنسبة للأعمال القانونية وفي هذه الحالة تطبق أحكام كل عقد على حده[43].

ومع ذلك فقد تختلط الأعمال محل العقد، بحيث يصعب التمييز بشأنها بين نطاق تطبيق كل من أحكام هذين العقدين، لذلك فالرأي المسلم به فقهاً في هذه الحالة هو تكييف العقد تكييفاً موحداً؛ أي بالنظر إلى النشاط الغالب فيه، فإذا كان

---

(40) اليعقوب، المرجع السابق، ص65؛ قرة، المرجع السابق،42.

(41) يسن، المرجع السابق، ص99.

(42) صابر، المرجع السابق، ص22 - 23.

(43) قرة، المرجع السابق، ص42؛ شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص40.

أعمالاً مادية فإنه عقد مقاولة، أما إذا كان النشاط الغالب فيه أعمالاً قانونيـــة فـــإن العقد هنا هو عقد وكالة[44].

وتجدر الإشارة هنا إلى العقود التي تبرم بـــين أصـــحاب المهـــن الحـــرة كالمحامي والطبيب، ولكن ما يهمنا هو العقد المبرم بين المهندس وصاحب البناء، حيث أن هذا العقد يتضمن خليطاً من الأعمال المادية والتصرفات القانونية بالتالي يلزم تطبيق الأحكام المقررة في كل من عقدي المقاولة والوكالة[45].

أما إذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام عقـــد المقاولـــة؛ لأن الـــرأي الغالب[46] يذهب إلى أن عقد المهندس هو عقد مقاولة لا وكالة، فالمهندس وإن كان يعمل لحساب صاحب العمل إلا أنه لا يمثله ولا ينوب عنه بل يعمل باسمه الخاص ومستقلاً عن صاحب العمل. وأهم الأعمال المادية التي يقوم بها وضع التصميمات والرسومات والخرائط المساحية وعمل المقاسات اللازمة للبناء.

لكن هذا لا يمنع من أن يقوم المهندس ببعض الأعمال القانونية كأن يكلفـــه صاحب العمل بشراء قطعة الأرض التي سيقام عليها البناء، والتعاقد مع المقاولين ومراجعة حساباتهم، ففي هذه الحالة يعتبر المهندس وكيلاً عـــن صـــاحب العمـــل بحيث تسري على تلك التصرفات أحكام عقد الوكالة، على أن تكون هذه الوكالـــة صريحة، أو على الأقل تكون ظروف الحال قاطعة في الدلالة عليها[47].

إذاً يتضح لنا أن العقد عقد مقاولة، لكن تطبق كل من أحكام عقد المقاولـــة وعقد الوكالة في النطاق الخاص به، وقد قضت محكمة الـــنقض المـــصرية فـــي ذلك"..... وإنه أي المشرع المصري إنمـــا أورد القواعـــد المتعلقـــة بالمهنـــدس المعماري، ضمن أحكام عقد المقاولة، فما ذلك إلا ليعتبر عمله بوضـــع التـــصميم

---

(44) انظر بالتفصيل، يسن، المرجع السابق، ص99 -100؛ شنب، المرجع الـــسابق، بنـــد 24 ص41 غانم، اسماعيل، عقد العمل،1961 -1962، بند 67، ص33.

(45) الشهاوي، المرجع السابق، ص34؛ الغلمي، المرجع السابق، ص21.

(46) يسن، مرجع سابق، ص102؛ السنهوري، المرجع السابق، ص22؛ شنب، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص43؛ الشهاوي، المرجع السابق، ص35 36؛ اليعقوب، المرجع سابق، ص63؛ الغلمي، المرجع السابق، ص21؛ صابر، المرجع السابق، ص29

(47) شنب، المرجع السابق، ص44؛ يسن، المرجع السابق، ص104؛ ربحي اليعقوب، المرجـــع الـــسابق، ص63.

والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صدرها دون اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية، لا من قبيل التصرفات القانونية، ولا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام عقد المقاولة عليه[48].

3.2.1.1 التمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع

عقد المقاولة من العقود التي ترد على العمل بخلاف عقد البيع فهو من العقود التي ترد على الملكية فقد عرفت المادة (465) من القانون المدني الأردني البيع بأنه "تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض".

يتبين لنا من التعاريف السابقة أن عقد المقاولة يمكن تمييزه بسهولة عن عقد البيع فلكل منهما موضوعه، وهذا ما يتضح من نص الفقرة الأولى من المادة (781) من القانون المدني الأردني، حيث أن المقاول في هذه الحالة يقتصر عمله على مجرد التعهد بتقديم عمله فقط، على أن يقوم صاحب العمل بتقديم المادة عندها يكون هذا العقد عقد مقاولة.

لكن قد يثور الاشتباه بين العقدين إذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً[49] ففي هذه الحالة هل يبقى العقد عقد مقاولة أم هو عقد بيع؟.

ويضرب الفقه[50] أمثلة كثيرة على هذه الحالة منها في حالة أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً ويقدم النجار الخشب من عنده، فهل يعتبر هذا العقد مقاولة، لكون المقاول قد تعهد بالقيام بعمل، أم يعتبر بيعاً لكونه قد نقل ملكية المادة التي استخدمها في العمل للطرف الآخر؟.

لقد تباينت آراء الفقهاء حول تكييف هذا العقد هل هو عقد مقاولة أم عقد بيع أم خليط من هذا وذاك.

ويمكن أم نجمل الآراء التي قيلت بهذا الصدد فيما يلي:

---

(48) طعن رقم(223)، سنة 27 في جلسة 1965/5/16، مجموعة أحكام النقض، ص1005.

(49) الفقرة الثانية من المادة (781) من القانون المدني الأردني.

(50) السنهوري، المرجع السابق، ص23؛ السرحان، المرجع السابق، ص11؛ شنب، المرجع السابق، ص15 قرة، المرجع السابق، ص24.

1- فقد ذهب بعضهم إلى أن هذا العقد هو عقد مقاولة ابتداءً وعقد بيع انتهاءً بمعنى أنه إذا كان الشيء لم يتم صنعه بعد فإن العقد مقاولة، أما مجرد تمام صنعه تحول العقد إلى بيع(51).

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن تكييف العقد يكون وقت انعقاده لا وقت تنفيذه ولا يجوز أن يتغير وصف هذا العقد بعد ذلك، فضلاً على أن المقاول يضمن عمله مدة طويلة، مما يدل على أن المقاولة لا تنقضي بمجرد إتمام الصنع، بخلاف البيع(52).

2- وذهب رأي آخر إلى أن هذا العقد يكون مقاولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإذا كانت قيمة المادة أكبر بكثير من قيمة كان العقد بيعاً، أما إذا كانت قيمة العمل تفوق قيمة المادة فإن العقد يكون مقاولة(53).

لكن في حالة إذا ما تساوت قيمة المادة من قيمة العمل فحسب أغلب أنصار هذا الرأي، يصبح العقد مزيجاً من بيع ومقاولة بيع على المادة ومقاولة على العمل، ويطبق على كل عقد أحكامه(54).

ولئن كان هذا هو الرأي الراجح عند فقهاء القانون، إلا أنه منتقد لأن الأساس الذي يرتكز عليه غير محدد، فليس من السهل تحديد العنصر الأساسي في العقد، أهو العمل أم المواد المستخدمة في صنع الشيء إذ أن أسعار المواد المستخدمة متفاوتة بحسب جودتها ووصفها(55)، كما أنه لا يدخل في الاعتبار

---

(51) السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المرجع السابق، بند 6، ص26، هامش3.

(52) انظر بالتفصيل حول هذه الآراء، يسن، المرجع السابق، ص109 112؛ شنب، المرجع السابق، بند 12، ص20 22؛ العمروسي، المرجع السابق، ص18 19؛ قرارية، المرجع السابق، ص26؛قرة، المرجع السابق، ص24.

(53) يسن، المرجع السابق، ص109؛ فرج، توفيق حسن، البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر، 1985، بند 25، ص44؛ مرقص، سليمان، شرح القانون المدني، العقود المسماه، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب للنشر، القاهرة، 1980، بند 24 26؛ خضر، خميس، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة غير موجودة، دار الفكر العربي، 1984، بند 14، ص 26-27.

(54) السرحان، المرجع السابق، ص12؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص70؛ السنهوري، المرجع السابق، جـ4، ص31؛ فرج، المرجع السابق، ص44.

(55) شنب، المرجع السابق، بند 13، ص21؛ قرة، المرجع السابق، ص24، قرارية، المرجع السابق، ص26.

حالات معينة منها إذا تعاقد المقاول أصلاً على العمل، حيث أنه في هذه الحالة لا تكون المادة إلا تابعة للعمل.

3- وذهب آخرون إلى أن هذا العقد هو في الحقيقة بيع لشيء مستقبل لكن هذا الرأي تم انتقاده على أساس أن المقاول إنما يتعاقد أصلاً على العمل، وهذه المادة ضرورة تابعة له[56].

4- وذهب رأي إلى أن العقد هنا هو عقد مقاولة سواءً قدم المادة صاحب العمل أم المقاول؛ لأن العنصر الجوهري هو التزام المقاول بتقديم عمل معين وهو صنع الشيء المطلوب منه، حتى لو كان يترتب على ذلك أن يتملكه صاحب العمل فهذا لا يعني أن العقد ورد منذ البداية على الملكية بالتالي هو عقد بيع لأن تملك صاحب العمل للشيء الذي تم صنعه ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب صاحب العمل[57].

ويرى جانب من الفقه[58] في مصر مثلاً أن هذا الرأي هو الأولى بالإتباع وسنده في ذلك أن المشرع عندما نظَّم هذه الصورة من التعاقد ضمن الفصل الذي خصصه لعقد المقاولة إنما أوضح عن قصده في أن تخضع لأحكام هذا العقد وتترتب عليها آثاره وعليه فإن هذه الصورة تجعل العقد عقد مقاولة وليس عقد بيع.

وهذا ما أخذ به برأينا القانون المدني الأردني حيث واجه عقد المقاولة بصورتيه في المادة (780) بفقرتيها الأولى والثانية بالتالي عقد المقاولة لا يقتصر عمل المقاول فيه على تقديم عمله بل أحياناً يقدم المادة اللازمة لصنع الشيء محل العقد فيظل عقداً وارداً على العمل ويترتب على ذلك أنه عقد مستقل له شروطه الخاصة به، وخصائصه وآثاره، ولا يجوز صهره في بوتقة عقد آخر.

وفضلاً عما تقدم فقد نظَّم المشرع مسؤولية المقاول في حالة قيامه بتقديم المادة، فقرر أن المقاول يبقى مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لصاحب

---

(56) شنب، المرجع السابق، بند 13، ص21-22.

(57) سلطان، أنور، العقود المسماة البيع: الطبعة الثانية،1952، بند 21، ص31.

(58) يسن، المرجع السابق، ص 125 - 126.

العمل[59]، ولو كان هذا العقد بيعاً لاكتفى المشرع بأحكام الضمان الواردة في باب عقد البيع.

4.2.1.1 التمييز بين عقد المقاولة وعقد الإيجار

يرد عقد المقاولة على العمل، بخلاف عقد الإيجار الذي يرد على الانتفاع بالشيء، وبالرغم من هذا الاختلاف بينهما إلا أنه في بعض الحالات يثور الالتباس بين هذين العقدين فتدق التفرقة بينهما.

ويحصل هذا الالتباس بين العقدين في حالات عديدة منها العقود المبرمة بين المستهلكين وملتزم المرافق العامة، فمثلاً العقد الذي يبرمه المستهلك مع شركة المياه، هل يعتبر عقد مقاولة إذا نظر إليه من ناحية العمل الذي تقدمه الشركة في توصيل المياه، أم هو عقد إيجار لمعدات الشركة التي يحصل المستهلك من خلالها على المياه[60].

ومثال آخر اتفاق المتفرج مع صاحب عروض التسلية المسرح أو دار السينما والملاعب على حجز مكان فيها، ففي هذه الحالة يكون العقد مقاولة على أساس ما يقدمه صاحب الدار من وسائل تسلية، أما من ناحية حجز المحل فإن العقد هنا يكون عقد إيجار.

ويرى الفقه[61] أن معيار مثل هذه العقود المختلطة هو العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد وفي غاية التعاقد كما في المثال السابق فإن الغاية من العقد هو مشاهدة ما تقدمه الدار من فنون التسلية، وليس استئجار المقعد وبذلك فإن العقد عقد مقاولة.

---

(59) المادة (783) من القانون المدني الأردني.

(60) العبيدي، علي هادي، العقود المسماة، البيع والإيجار، ص202؛ السرحان، المرجع السابق، ص13-14؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص53.

(61) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على الانتفاع بالشيء(الإيجار والعارية) الجزء السادس، ص12؛ اليعقوب المرجع السابق، ص53؛ السرحان، المرجع السابق، ص14
فرج، توفيق حسن ، عقد الإيجار، دراسة لأحكام وقوانين الإيجارات، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،1984، ص18-20.

إذاً يتضح ممَّا سبق أن عقد المقاولة إذا اختلط بعقد الإيجار وجب تحـــرّي العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد لتكييف العقد بموجبـــه وتـــرك العنـــصر الثانوي.

وللتمييز بين العقدين نتائج قانونية هامة تترتب على أحكـــام كـــل منهمـــا فالمقاول ضامن لما تحت يده من أموال الناس وإن لم يقصِّر أو يتعدَّى كما تبـــين المواد (783 787) من القانون المدني الأردني وأما المستأجر فيده على الـــشيء المأجور يد أمانة فلا يضمن هلاكه دون تعدٍّ منه أو تقصير كما جاء فـــي المـــادة (692) من القانون المدني الأردني وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية فـــي قرارها رقم 90/1075 سنة 1992 ص 1656.

وهذا ما أخذ به برأينا القانون المدني الأردني حيث واجه عقـــد المقاولـــة بصورتيه في المادة (780) بفقرتيها الأولى والثانية بالتالي عقد المقاولة لا يقتصر عمل المقاول فيه على تقديم عمله بل أحياناً يقدم المادة اللازمة لصنع الشيء محل العقد فيظل عقداً وارداً على العمل ويترتب على ذلك أنه عقد مستقل له شـــروطه الخاصة به، وخصائصه وآثاره، ولا يجوز صهره في بوتقة عقد آخر.

وفضلاً عما تقدم فقد نظَّم المشرع مسؤولية المقاول في حالة قيامه بتقـــديم المادة، فقرر أن المقاول يبقى مسؤولاً عن جودتهـــا وعليـــه ضـــمانها لـــصاحب العمل[62]، ولو كان هذا العقد بيعاً لاكتفى المشرع بأحكام الضمان الواردة في باب عقد البيع.

كما أجاز المشرع لصاحب العمل أيضاً فسخ العقد في حالة عـــدم إمكانيـــة إصلاح البناء في أي وقت قبل إتمامه دون تفرقة بين حالة ما إذا كان المقاول هو الذي قدم المواد أم أن صاحب العمل هو الذي قدمها (المادة (785) مـــن القـــانون المدني الأردني) وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها والتي جاء فيها " تعطي المادة (785) من القانون المدني الحق لصاحب العمل بفسخ عقد المقاولة إذا ثبت عدم إمكانية إصلاح العمل الذي قام به المقاول"[63].

---

(62) المادة (783) من القانون المدني الأردني.

(63) تمييز حقوق رقم 1999/1060، مجلة نقابة المحامين،2000، ص4097.

3.1.1 محل عقد المقاولة

إن العمل في عقد المقاولة له وجهان، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته. أما بالنسبة إلى التزامات صاحب العمل فهو الأجر الذي تعهد بدفعه للمقاول، إذاً فالعمل أحد وجهي محل عقد المقاولة، وهو ما يهمنا في هذا المجال.

ومع ذلك تتنوع الأعمال التي تكون محلاً لعقد المقاولة، حيث تختلف من مقاولة إلى أخرى اختلافاً بينياً فمن ناحية حجم العمل، فهناك المقاولات الصغيرة كالمواد وأعمال المهن الحرة كالنجار والسباك وهناك المقاولات الكبيرة وهي بالعادة تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى كالجسور والخزانات(64).

ومن ناحية العمل هناك من المقاولات ما هو معروفٌ باسم خاص لانتشاره كمقاولات البناء والتزام المرافق العامة وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها(65).

لكن ما يهمنا في نطاق هذه الدراسة هو نوع معين من عقود المقاولات(66). وهو العقد الذي يكون منصباً على تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة أخرى حيث خصّها المشرع بهذه المسؤولية عندما نص عليها في المادة (1/788) من القانون المدني الأردني (67).

هذا ولما كانت مسألة تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة، تدخل في النطاق الموضوعي لضمان المهندس ومقاول البناء، لذلك ارتأينا إحالتها إلى المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الدراسة.

وبعد الانتهاء من دراسة الشرط الأول من الشروط الواجب توافرها لتحقيق الضمان العشري ، ننتقل إلى دراسة الشرط الثاني ألا وهو ضرورة تسلم العمل من قبل صاحب العمل.

---

(64) البكري، محمد عزمي، موسوعة شرح القانون المدني الجديد العقود المدنية الصغيرة، المجلد الثالث، دار محمود للنشر والتوزيع، بند11، ص51.

(65) السنهوري، المرجع السابق، الجزء السابع، ص41.

(66) حيث أن عقود المقاولات كثيرة تختلف بحسب الموضوع الذي ترد عليه فهناك مقاولة التوريد، ومقاولة النقل: أنظر يسن، المرجع السابق، هامش (1) ص129؛ أيضاً قرة، المرجع السابق، ص79.

(67) تنص المادة (788) على "فيما شيداه من مبان أو آقاماه من منشآت".

2.1 تسلم العمل

إن عملية تسلم العمل المنجز له أهمية كبيرة بالنسبة لأحكام الضمان الخاص، حيث أن فترة التنفيذ لا تدخل أصلاً ضمن هذه الأحكام ، كما أن ذمة المقاول تبرأ بتمام عملية التسليم واقترانها بتسلم العمل من قبل صاحب العمل ، وهذا الإبراء يكون مؤقتاً إلى حين انتهاء مدة الضمان العشري. هذا بالإضافة إلى بعض الآثار المهمة التي تترتب على تمام عملية تسلم البناء ومنها بدء سريان مدة الضمان العشري، والإعفاء من العيوب الظاهرة.

وعليه فإن تسلم العمل من الشروط الأساسية التي يجب توافرها إلى جانب الشروط الأخرى لتحقيق الضمان العشري.

لذلك سوف تتم دراسة هذا المبحث ضمن ثلاثة مطالب رئيسية ، نتناول في الأول منها التعريف بالتسلم الذي يعتد به لتطبيق أحكام الضمان العشري، ثم نبحث بعد ذلك في أطراف التسليم، وأخيراً أثر تسلم العمل بالنسبة للضمان.

1.2.1 ماهية التسلم الذي يعتد به لتطبيق أحكام الضمان العشري وطبيعته وشروطه.

بادئ ذي بدء، نود الإشارة إلى أن التسليم والتسلم[68] وجهان لعملة واحدة حيث يتحققان عادة بعملية واحدة وفي لحظة واحدة وما يهمنا هنا المرحلة اللاحقة وهي تسلم صاحب العمل للبناء، لذلك سوف نتناول في هذا المطلب التعريف بالتسلم ومن ثم بيان طبيعته وأخيراً شروطه كل في فرع مستقل.

1.1.2.1 التعريف بالتسلم

نعرض في هذا الفرع موقف كل من التشريع والفقه بالنسبة لتعريف التسلم.

أولاً: موقف التشريع من تعريف تسلم العمل

---

(68) التسليم: هو التزام في ذمة المقاول لوضع العمل المنجز تحت تصرف صاحب العمل دون عائق، أما التسلم: فهو التزام يقع على عاتق صاحب العمل. نقلاً عن إبراهيم عثمان بلال، تمليك العقارات تحت الإنشاء في القانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص127.

نصت الفقرة الثالثة من المادة (788) من القانون المدني الأردني على أنـــه "تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل".

كما نصت المادة (792) من نفس القانون على أنه "يلتزم صـــاحب العمـــل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، فإذا امتنع بغيـــر سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديـــه أو تقصيره فلا ضمان عليه".

يتبين لنا من النصين السابقين أن المشرع الأردني لم يتعـــرض لتعريـــف التسلم تاركاً ذلك لرأي الفقه.

وما سار عليه المشرع الأردني يشبه ما سار عليه المشرع المصري والذي لم يتعرض لتعريف التسلم وهذا ما يتضح لنا من نص المادة (651) من القـــانون المدني المصري في فقرتها الثالثة والتي نصت فقط على أن مدة العشرة ســـنوات تبدأ في السريان من تاريخ تسلم العمل.

ثانياً: موقف الفقه من تعريف تسلم العمل

يذهب الفقه(69) إلى أن التسلم يشتمل على معنى أوسع عمَّا هو عليه في البيع والإيجار، فالتسلم بمعناه المألوف الاستيلاء على العمل من قبل صاحب العمل بعد أن وضعه المقاول تحت تصرفه بحيث لا يوجد عائق من الاستيلاء عليه، وهذا هو الاستيلاء المادي كما في البيع والإيجار؛ وعليه فقد ضمن الفقه التسلم معنى زائداً يتمثل في تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه، وهذا المعنى الزائد تقتضيه طبيعة المقاولة، فهي تقع على عمل لم يكن موجوداً وقت إبرام العقد، بالتـــالي لـــصاحب العمل أن يستوثق من موافقة العمل للشروط المتفق عليها، ويكون ذلـــك بفحـــصه ومعاينته، والموافقة عليه بعد ذلك، وهذا هو القبول والتقبل للشيء موضوع عقـــد

(69) أنظر في رأي الفقه، الشهاوي، المرجع السابق، ص188-190 يسن، المرجـــع الـــسابق، ص150 شنب، المرجع السابق، فقرة 126، ص193؛ المومني، أحمد سعيد، التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى،1989، ص40-46 .

المقاولة[70] خلافاً للبيع والإيجار حيث تكون العين فيها - غالباً معينة بالذات ومعروفة للمشتري أو المستأجر بالتالي لا يقتضي الأمر أكثر من تسلمها دون الحاجة إلى تقبلها[71].

وهذا المعنى يؤكده جانب من الفقه إذ جعل من قبول العمل التزاماً مستقلاً عن الإلتزام بالتسلم يقع على عاتق صاحب العمل، حيث يرى أنه لا يلتزم صاحب العمل فقط بتسلم العمل الذي يقوم به المقاول تنفيذاً لتعاقدهما بل يلتزم أيضاً بقبول هذا العمل. ويقصد بذلك أن يقوم صاحب العمل بمعاينة العمل والتأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها وكما توجبه أصول الفن، وإقراره بأنه قد تم صحيحاً"[72].

كما أن محكمة التمييز الأردنية قد أخذت بتقبل العمل من قبل صاحبه عندما نصت في أحد قراراتها على أنه " إذا كان عقد المقاولة قائم على تقبل البناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول "[73].

إذا يتضح ممَّا سبق، أن عقد المقاولة يتضمن إلى جانب التزام صاحب العمل بتسلم العمل الالتزام بتقبل العمل أي يجب تحقيق المعقود عليه تحقيقاً يرضى به صاحب العمل حيث يكون هذا التقبل لازماً لصحة التسلم.

وبذلك يكون التسلم قد تم بعنصريه المادي والإرادي صحيحاً منتجاً كافة آثاره القانونية، كما سيأتي لاحقاً.

ويرى بعض الفقه بأنه قد يتم تقبل العمل قبل أن يتم الاستيلاء عليه، أي يكون سابقاً على تسلم العمل كما لو قام صاحب العمل بمعاينة المعقود عليه، والتأكد من مطابقته، وهو ما زال في يد المقاول، أي لم يتم تسلمه لصاحب العمل بعد[74].

---

(70) السنهوري، الوسيط، جـ7، المرجع السابق، بند 47/81؛ عنبر، محمد عبد الرحيم، عقد المقاولة، الطبعة الأولى،1977، بند 79، ص227؛ السرحان، المرجع السابق، ص87؛ العمروسي، المرجع السابق، ص77 -78.

(71) قرة، المرجع السابق، ص180.

(72) شنب، مرجع سابق، بند 127، ص195.

(73) تمييز حقوق رقم 1987/207، مجلة نقابة المحامين، 1990، ص108.

(74) عنبر، المرجع السابق، بند 81، ص147 148؛ فتحية قرة، المرجع السابق، ص180.

لكن في حالة إذا ما انفصل وضع اليد عن التقبل فإن العبرة كما يذهب الفقه[75] - يكون بتقبل العمل وإقراره لأنه دليل على رضا صاحب العمل عن العمل بعد معاينته وفحصه، والتأكد من مطابقته لمواصفات والشروط المتفق عليها، بينما مجرد الاستيلاء المادي لا يفي بهذا الغرض[76].

كما يمكن ألا يكون التقبل لاحقاً لتسلم العمل، كأن يتسلم صاحب العمل المعقود عليه، وأن والعبرة فيما يترتب من آثار بالتقبل دون التسلم ويرجئ فحصه إلى فرصة يتمكن فيها من وسائل الفحص، بالتالي بتسلم العمل قبل أن يتقبله[77].

ومع ذلك يذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يمكن أن يكون القبول لاحقاً للتسلم، حيث يرى "أن القبول لا يمكن أن يأتي لاحقاً للتسلم، بل العكس هو الذي يؤخذ به حيث أن النص التشريعي واضح الدلالة على ذلك بحيث جعل الالتزام بالتسلم متوجباً بعد إنجاز العمل ووضعه تحت تصرف صاحب العمل"[78].

والواقع أن المقاول يلتزم بإتمام المعقود عليه بالشكل الذي يؤدي إلى رضا صاحب العمل وذلك وفقاً للشروط المتفق عليها وأصول الصنعة بالتالي يتلازم القبول من جهة صاحب العمل مع التسلم ويكون هذا القبول سابقاً للتسلم، وهذا طبيعي إذ يقوم صاحب العمل بمعاينة المعقود عليه والتأكد من مطابقته للشروط العقدية ومن ثم يعلن قبوله به وتسليمه بعد ذلك صراحة أو دلالة. فضلاً عن ذلك فإنه غالباً ما يتم التسلم والتقبل في وقت واحد؛ إذ أن التسلم المعوّل عليه هو الذي يتكون من ركنين أولهما الاستيلاء المادي وذلك بوضع العمل تحت تصرف صاحب العمل وثانيهما قبول ذلك العمل والموافقة عليه بعد فحصه ومعاينته(79). والقبول قد يكون صريحاً، وذلك بوجود محضر يوقع عليه المتعاقدان ويقر فيه صاحب العمل بأنه عاين العمل ووجده مطابقاً وقد يكون بتحفظ أو بدون تحفظ، أما

---

(75) عنبر، المرجع السابق، بند 129/ب ص 228؛ السنهوري، المرجع السابق، بند 80، ص147-149؛ الشهاوي، المرجع السابق، ص189.

(76) أنظر نقض مدني 1950/12/14 س2، رقم 29 مجموعة أحكام النقض، ص153.

(77) شنب، المرجع السابق، بند 127، ص195؛ قرة، المرجع السابق، ص180؛ البكري، المرجع السابق، بند 96، ص246.

(78) المومني، التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة، المرجع السابق، ص45.

(79) بلال، المرجع السابق، ص125-126.

القبول الضمني فيستخلص من وقائع معينة كأن يقوم صاحب العمل باستعمال المعقود عليه مدة طويلة، أو دفع الأجر المستحق بعد المعاينة دون إبداء أي تحفظ(80).

وتعقيباً عما سبق يمكن لنا تعريف التسلم بأنه وضع صاحب العمل يده على البناء مع إقراره وتقبله لهذا البناء سواء كان وضع اليد فعلاً أو حكماً.

2.1.2.1 الطبيعة القانونية للتسلم

لقد بينا في الفرع السابق أن القانون المدني الأردني لم يتعرض لتعريف التسلم لنستطيع من خلاله التعرف على الطبيعة القانونية للتسلم تاركاً ذلك لرأي الفقه، ولقد لاحظنا أن الفقه لم يقف عند التعرض لتعريف التسلم عند العنصر المادي منه فقط (وهو واقعة استيلاء المادي على الشيء المعقود عليه) بل أضاف عنصراً آخر وهو عنصر الإرادة حيث يتمثل في قبول العمل وإقراره من قبل صاحب العمل بعد فحصه ومعاينته، بل إن جانباً من الفقه جعل من القبول التزاماً مستقلاً يقع على عاتق صاحب العمل(81).

وعليه لا بد لنا بدايةً من التعرض بشيء من الإيجاز لتعريف كل من الواقعة القانونية والعمل القانوني ليتضح لنا بعد ذلك الطبيعة القانونية للتسلم هل هي واقعة قانونية أم عمل قانوني أم بين هذا وذاك.

فبالنسبة للواقعة القانونية لم يستطع الفقه حتى اليوم من وضع نظرية عامة تضم الوقائع القانونية على اختلاف أنواعها على نحو ما فعله للتصرفات القانونية ولعل مرد ذلك أن الواقعة القانونية لم تلق من عناية الفقه ما لقيه منها التصرف القانوني، على الأقل في صورته الكبيرة وهي العقد(82).

---

(80) أنظر بالتفصيل حول القبول (التسلم الصريح): يسن، المرجع السابق، ص215-216؛منصور، محمد حسين، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص136-137 شنب، المرجع السابق، بند137، ص196؛ السنهوري، الوسيط، جـ1/7 بند 84، ص151.

(81) راجع في ذلك، رأي محمد لبيب شنب، في الفرع السابق، ص.02

(82) بولحية، صالح عبد الوهاب، التصرف الانفرادي كمصدر للحق الشخصي والالتزام في القانون المدني، رسالة ماجستير، 1990، الجامعة الأردنية، ص49.

ومع ذلك فقد عرف الفقه الواقعة القانونية بأنها كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون على مجرد وقوعه أثراً معيناً سواء اتجهت الإرادة إلى إحداث مثل هذا الأثر أم لا[83].

وعليه فإن القانون يكتفي بمجرد الوقوع المادي بالنسبة لهذه الوقائع ليربط بين هذا الوقوع وبين ترتيب الأثر القانوني، وفي صورة إذا ما كان هذا الوقوع إرادياً فإن الواقعة لا تنقلب إلى تصرف قانوني ، حيث أن الأثر القانوني يترتب سواء توافرت هذه الإرادة أم لا أي أنه يريد الفعل ولا يريد النتيجة.

أما بالنسبة للعمل القانوني فهو تعبير عن الإرادة صادر بهدف إحداث أثر قانوني معين[84]. إذاً يتضح لنا أن للعمل القانوني عنصرين هما:

أ- إرادة الشخص أو الأشخاص أصحاب التصرف التي تهدف إلى تحقيق هدف قانوني.

ب- ترتيب القانون على هذا التصرف أثراً قانونياً معيناً فإذا لم توجد الإرادة فلا يرتب القانون مثل هذا الأثر لأنه هو ما يهدف إليه صاحب التصرف.

والآن بعد العرض الموجز لتعريف كل من الواقعة القانونية والعمل القانوني ننتقل إلى التسلم لنتعرف على الطبيعة القانونية له ، فقد لاحظنا أن تعريف الفقه للتسلم لم يقف عند العنصر المادي له وهو واقعة الاستيلاء إنما اشترط أمراً آخر وهو قبول هذا العمل المنجز وإقراره بعد معاينته وفحصه.

إذا هناك إرادة من قبل صاحب العمل متمثلة في قبول ذلك العمل، وفضلاً عن ذلك فإن جانباً من الفقه[85] رتب آثار التسلم بتقبل العمل وإقراره وليس مجرد الاستيلاء المادي عليه حيث جعل من قبول العمل التزاما يقع على صاحب العمل.

إذا يترتب على ما سبق أن التسلم هو عملٌ قانوني وليس مجرد واقعة قانونية وهذا ما نستنتجه من تعريف التسلم الذي يتطلب العنصر الإرادي إلى

---

(83) أبو السعود، رمضان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ص(11-12)؛ بولحية، المرجع السابق، ص50؛ سلطان، المرجع السابق، ص18؛ يسن، المرجع السابق، ص167-168؛ كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، ط5، ص731.

(84) بولحية، المرجع السابق، ص46؛ سلطان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص7؛ يسن، المرجع السابق، 168؛ أبو السعود، المرجع السابق، ص12-13.

(85) شنب، المرجع السابق، بند 127، ص195.

جانب العنصر المادي إذ هو الذي يترتب عليه بعض الآثار القانونية كما في انتقال الملكية، وانتقال تبعة الهلاك وإبراء ذمة المقاول من الالتزامات العقدية[86]، بينما العنصر المادي لا يترتب عليه إلا بعض الآثار البسيطة ومنها على سبيل المثال انتقال الحراسة.

ويرى جانب من الفقه أن التسلم ليس فقط عمل قانوني بل وصادر عن إرادة منفردة هي إرادة صاحب العمل.

ويرى جانب أخر من الفقه أن التسلم ليس تصرفاً انفرادياً لأنه من طبيعة تعاقدية ويجد أساسه القانوني من أحكامه ونصوصه طبقا لما يراه أطرافه ولما تقتضي به طبيعة العقد وعرف المهنة؛ فصاحب العمل عندما يتسلم العمل يقوم به تنفيذا لالتزامه التعاقدي الذي يوجبه عليه العقد[87].

وعليه فإن الالتزام بتسلم العمل هو عمل قانوني يقوم به صاحب العمل بمقتضى عقد المقاولة المبرم بينه وبين المقاول.

3.1.2.1 شروط التسلم

لما كان التسلم يتضمن القبول لذلك لابد أن يكون العمل موضوع المقاولة موافقاً للشروط العقدية وذلك حتى يتم التسلم صحيحاً منتجاً لكافة آثاره القانونية. ومن خلال استقراء هذه الشروط يتضح لنا أن هناك شروطاً موضوعية، ترجع إلى التسلم ذاته، كما أن هناك شروطاً شكلية، يتطلبها القانون سواء صراحةً أو ضمناً وهذا ما سيتضح لنا ضمن البندين التاليين.

1.3.1.2.1الشروط الموضوعية للتسلم

هي الشروط التي تتعلق بالموضوع الذي يرد عليه التسلم، بحيث لا يتصور التسلم بدون توافرها سواء كان متفقاً عليها في العقد أم ما تقضي به قواعد الفن وأصول الصنعة[88].

وهذه الشروط هي:

---

(86) البكري، المرجع السابق، بند 103 256.

(87) يسن، المرجع السابق، ص180.

(88) يسن، المرجع السابق، ص181.

أولاً: إنجاز العمل محل التعاقد

يدخل هذا الشرط ضمن التزامات المقاول[89]. وهذا الالتزام لا يقتصر على عملية التنفيذ ذاتها، بل يعني إتمام العمل محل التعاقد وذلك بإقامة البناء أو وضع التصميم محل العقد[90]، حيث أن التزام المقاول هنا هو التزام بتحقيق هذه النتيجة وهذا ما يستفاد من نص المادة (792) من القانون المدني الأردني التي تنص على "يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ....." وهذا الالتزام هو في نهاية المطاف التزام بإعطاء شئ معين بالذات وهو محل العقد ويكفي عدم تحقق تلك النتيجة حتى تقوم مسئولية المقاول تجاه صاحب العمل دون حاجة لإثبات خطأ من جهة المقاول.

ثانياً: مطابقة العمل للشروط العقدية

إن الأصل في العقود هو أن العقد شريعة المتعاقدين؛ أي التزام كل من المتعاقدين تجاه الآخر وفقاً لما اشتمل عليه العقد وما هو من مستلزماته[91] لذلك لابد أن يكون العمل موافقاً لما هو منصوص عليه من شروط في العقد، وذلك احتراماً لإرادة الطرفين فإذا لم يكن هناك شروط أو كانت هناك شروط ولكنها ناقصة، فما تقضي به قواعد الفن وأصول الصنعة والعرف تبعاً لنوع محل عقد المقاولة[92].

فإذا كان العمل غير متفق مع الشروط العقدية أو مع ما جرى عليه التعامل أصبح من حق صاحب العمل الامتناع عن التسلم وليس للمقاول عندها إجباره على التسلم قضاءً[93].

---

(89) انظر بالتفصيل ؛ المومني ، أحمد، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، المرجع السابق، ص97 - 105.

(90) يسن، المرجع السابق، ص182؛ شنب، المرجع السابق، بند 67، ص111 -112؛ بلال، المرجع السابق، ص33.

(91) المادتان (202و215) من القانون المدني الأردني.

(92) الشهاوي، المرجع السابق، ص183؛ المومني، التزامات صاحب العمل، المرجع السابق، ص48؛ قرة، المرجع السابق، ص181.

(93) السنهوري، الوسيط، جـ1/7، المرجع السابق، بند 82، ص149.

ولم يأت التشريع الأردني بنص خاص حول مدى المخالفة التي يحق بحال توافرها لصاحب العمل الامتناع عن التسلم، لذلك لابد من الرجوع إلـــى القواعـــد العامة في هذه المسألة فعليه فإنه وحسب مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يجب أن يصل العيب إلى درجة معينة من الجسامة بحيث يعطي لصاحب العمل الحق فـــي الامتناع عن التسلم. أما إذا كان العيب بسيطاً فلا يجوز لصاحب العمل أن يمتنـــع عن تسلمه وإن كان له الحق في هذه الحالة طلب تخفيض الأجر بما يتناسب مـــع حجم المخالفة أو طلب تعويض عن الضرر الذي لحـــق بـــه مـــن جـــراء تلـــك المخالفة[94].

كما أنه إذا كان العيب مما يمكن إصلاحه يحق لـــصاحب العمـــل إجبـــار المقاول على إصلاحه إذا كان هذا الإصلاح لا يكلف نفقات باهضة[95] أما إذا كان الإصلاح غير ممكن ففي هذا الفرض يكون لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقـــد وذلك لأن المقاول أخل بالشروط المفروضة عليه[96].

وعليه يجب أن تكون المخالفة للشروط العقدية أو لأصول الـــصنعة التـــي تبرر عدم التزام صاحب العمل على تسلمه جسيمة إلى حد لا يصح معـــه عـــدلاً التزامه بتسلم العمل[97]، وذلك كأن يكون من شأنها أن تعرض سلامة البناء للخطر أو تجعله غير صالح للغرض الذي أعد له، وهذه الأمور مسألة واقع يفصل فيهـــا

(94) الشهاوي، المرجع السابق، ص188؛ السنهوري، الوسيط، جـــ1/7،المرجع السابق، ص150 هـــامش (1).

(95) السنهوري، الوسيط، جـــ7، المرجع الـــسابق، ص150؛ عنبـــر، المرجـــع الـــسابق، ص228-229 البكري، المرجع سابق، بند 97، ص249.

(96) الفكهاني، حسن، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء السادس، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2001، ص1056.

(97) السنهوري، الوسيط جـــ1/7، المرجع السابق، بند 82، ص149؛ العمروسي، أنور، المرجع الـــسابق، ص75؛ الشهاوي، المرجع السابق، ص189؛ قرة، المرجع السابق، ص181.

قاضي الموضوع بما له من سلطة تقديرية مطلقة على الواقع(98)، وله أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة(99).

ثالثاً: كما أضافت المادة (792) من القانون المدني الأردني شرطاً أخر وهو قيام المقاول بوضع العمل تحت تصرف صاحب العمل؛ وذلك حتى يتمكن من مباشرة سلطاته وحقوقه عليه دون عائق حيث يتيح له ذلك حرية المعاينة من جهة ويعني أيضاً أن المقاول قد أنجز العمل(100).

فإذا ما تحققت الشروط السابقة فإنه يجب على صاحب العمل الالتزام بتسلم العمل، ويكون مخلاً بالتزامه إذا ما امتنع عن ذلك دون سبب مشروع حيث أنه حسب نص المادة (1/10) من دفتر المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية لسنة 1999إذا لم يقم المهندس بإصدار شهادة تسلم الأشغال أو رفض طلب المقاول خلال فترة 28 يوماً وكانت الأشغال قد تم إنجازها بصورة جوهرية وفقاً للعقد، فعندها يجب اعتبار شهادة (تسلم الأشغال) وكأنها قد تم إصدارها بالفعل في آخر يوم من تلك الفترة .

2.3.1.2.1 الشروط الشكلية للتسلم

لم يتطلب المشرع الأردني شكلاً معيناً يتم فيه التسلم وكل ما تطلبه حسب نص المادة (792) من القانون المدني الأردني هو أن يقوم المقاول بعد إنجاز العمل بوضعه تحت تصرف صاحب العمل وإن كان العمل جرى على تحرير محضر تسليم وتسلم يوقع عليه طرفا التعاقد بما يثبت فيه إتمام عملية التسلم(101). إلا أن هذا لا يعتبر شكلاً معيناً بل إنها تعتبر مخالصة قانونية تجد قيمتها في مجال الإثبات.

---

(98) تمييز حقوق رقم 2001/1505، بتاريخ 2001/7/30، منشورات مركز عدالة.

(99) البكري، المرجع السابق، بند 94، ص249؛ حيث تعتبر الخبرة إحدى وسائل الإثبات التي نصت عليها المادة الثانية من قانون البينات رقم 30 لسنة 1952، المنشور على الصفحة 200 من عدد الجريدة الرسمية رقم 1108، الصادر بتاريخ 1952/5/17.

(100) المومني، أحمد، التزامات صاحب العمل، المرجع السابق، ص 48.

(101) المومني، أحمد ، التزامات صاحب العمل، المرجع السابق، ص 46.

وأيضاً فالمشرع المصري[102] لم يتطلب أن يتم التسلم في شكل معين، ولكن العمل يجري عادة على أن يقوم المقاول بتسليم العمل المنجز إلى صاحب العمل وذلك بوضعه تحت تصرف هذا الأخير بعد توقيع محضر التسليم والتسلم[103].

وعادةً في مقاولات الأبنية يتفق صاحب العمل مع المقاول على أن يتم التسليم على مرحلتين، المرحلة الأولى حيث يكون فيها الاستلام مؤقتاً وتستمر لفترة معينة بقصد تمكين صاحب العمل من فحص البناء ومعاينته بالشكل الصحيح، وهذا الاستلام لا يفيد القبول. أما المرحلة الثانية فهي الاستلام النهائي إذ تبدأ مهلة الضمان من تاريخ هذا الاستلام لأنه التاريخ الذي يفيد قبول صاحب العمل بالبناء دون تحفظ[104].

زمان ومكان التسلم

يقع التسلم عادة في الزمان والمكان اللذين يقع فيهما التسليم. إذ أن التسليم هو وضع العمل تحت تصرف صاحب العمل دون عائق، بينما التسلم هو استيلاء صاحب العمل عليه بعد وضعه تحت تصرفه[105].

فبالنسبة لزمان التسلم فقد قرر المشرع الأردني من خلال نص المادة (792) من القانون المدني الأردني ضرورة تسلم العمل من قبل صاحب العمل اعتباراً من تاريخ إنجاز المعقود عليه ووضعه تحت تصرفه. وعليه فإنه لم يحدد معياراً زمنياً للتسلم.

وفي هذه الحالة لابد من الرجوع إلى القواعد العامة حيث قررت المادة(334) من القانون المدني الأردني[106] ضرورة أن يتم الوفاء فوراً بمجرد

---

(102) المادة (655) من القانون المدني المصري.

(103) شنب، المرجع السابق، بند 126 ص150؛ يسن، المرجع السابق، ص190.

(104) سرور، محمد شكري، مسئولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، بند 120، ص153 -154.

(105) العمروسي، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص75.

(106) تنص المادة (334) من القانون المدني الأردني على ما يلي.

أ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

ترتب الالتزام في ذمة المدين. وهذه تطبق في حالة تحقق إنجاز العمل ووضعه تحت تصرف صاحب العمل حيث يترتب في ذمته التزاماً وهو تسلم العمل المنجز ومع ذلك ترك المشرع للمتعاقدين حرية إيراد اتفاق يقضي بغير ذلك.

فضلاً عن ذلك فقد أجاز القانون للمحكمة في حالات استثنائية أن تمهل المدين أجل معين ما لم يكن ذلك ممنوع قانوناً بشرط أن تستدعي حالة المدين ذلك ولا يلحق الدائن ضرر من جراء ذلك التأجيل.

أما بالنسبة للقانون المدني المصري نجد من خلال نص المادة (655) أنها قررت أن يكون التسلم في أقرب وقت ممكن بحسب العرف الجاري في المعاملات بمعنى أن يراعي في تحديد زمان التسلم ظروف الحال ومتطلباته وما جرى عليه عرف التعامل(107).

هذا يكون في الحالة التي لم يحدد الأطراف ميعاداً للتسلم ولا موعداً لإنجاز العمل. وهذا بخلاف الحالة التي يحدد فيها الطرفان ميعاداً للتسلم والتي عندها يلتزم كل منهما بأن يباشر إلى تنفيذ التزامه في الوقت المحدد في العقد وإلا اعتبر مخلاً لالتزامه التعاقدي وبالتالي يتعرض للمسؤولية العقدية(108) . أيضاً قد لا يكون الطرفان قد حددا موعداً للتسلم لكن حددا موعداً للانتهاء من إنجاز العمل أو تنفيذه، ففي هذه الحالة يجب أن يتم تسلم العمل فور الانتهاء من تنفيذ العمل(109).

ومحصلة القول أنه وفقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود فإنه يجب على صاحب العمل أن يباشر فوراً إلى تنفيذ التزامه بتسلم العمل بمجرد إنجازه ووضعه تحت تصرفه لمعاينته والتأكد من مطابقته للشروط العقدية وذلك في أقرب وقت طبقاً لما يجري عليه التعامل وطبيعة العمل محل العقد، حيث أن طبيعة العمل وما

ب -على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

(107) قرة، المرجع السابق، ص 183، بند 127، ص 153؛ شنب، المرجع السابق، بند 81، ص 100 السنهوري، الوسيط جـ1/7، المرجع السابق، بند 50، ص 89 90.

(108) يسن، المرجع السابق، ص248؛ السنهوري، الوسيط جـ 1/7، المرجع السابق، بند 43، ص76 77.

(109) شنب، المرجع السابق، بند 81، ص100؛ يسن، المرجع السابق، ص248.

جرى عليه العرف والتعامل مسائل تؤخذ بعين الاعتبار عند احتساب فترة المعاينة والقبول وأخيراً تسلم هذا العمل. وهذا ما قصده المشرع الأردنـــي فـــي القـــانون المدني الأردني وذلك حسب طبيعة عقد المقاولة حيث أن التسلم يقع ضـــمن مـــدة تتفق مع طبيعة العمل وما جرى عليه التعامل.

مكان التسلم

يلتقي التسلم مع التسليم من حيث المكان[110]، حيث يتم التسلم بالضرورة في ذات المكان الذي يتم فيه التسليم خاصة إذا كان المعقود عليه عقار لما يمتاز بـــه من ثبات واستقرار.

فإذا ما رجعنا إلى القواعد العامة فإننا نجد أنها تفرق في حالة مكان الوفاء بالالتزام بين ما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات أم غير ذلك.

فإذا كان محل الالتزام معيناً بذاته فحسب نص المادة (336) من القـــانون المدني الأردني يتم التسلم في المكان الموجود فيه محل الالتزام وقت نشوء الالتزام وهذا لا يمنع من الاتفاق على غير ذلك وعندها يؤخذ بالاتفاق في تحديـــد مكـــان التسلم[111].

أما في الحالة التي لا يكون فيها محل الالتزام معيناً بذاته فإن التسلم يكـــون في موطن المدين وقت الوفاء بالالتزام[112]. وهذا مماثل للوضع في القانون المدني المصري حيث يكون التسلم في المكان المتفق عليه، فإذا لم يكن هناك اتفاق ففـــي المكان الذي يحدده عرف الصنعة، وفي حالة العقار يكون التسلم في المكان الـــذي

---

(110) أنظر بالتفصيل حول مكان التسلم؛ المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولـــة، المرجـــع السابق، ص108 -110.

(111) تنص الفقرة الأولى من المادة (336) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفـــاق أو نص يقضي بغير ذلك".

(112) تنص الفقرة الثانية من المادة (336) من القانون المدني الأردني على أنه "أما في الالتزامات الأخـــرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذي فيه مركـــز أعمـــال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال".

يوجد فيه العقار، أما المنقول يكون التسلم في موطن المدين أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله(113).

كيفية التسلم

تنطبق على تسليم المقاول لمحل التزامه ذات أحكام تسليم المبيع من البائع إلى المشتري، ويكون التسليم بأن يضع المقاول الشي الذي التزم بصنعه أو أدائه تحت تصرف صاحب العمل بحيث يستطيع أن ينتفع به دون مانع ولا يشترط أن يضع هذا الأخير يده فعلاً على العمل، فتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل محل العقد، فإذا كان محل العقد عيناً منقولة كإصلاح سيارة أو خياطة ثوب، فإن التسليم يقع عادةً بنقل حيازة الشيء من المقاول إلى صاحب العمل ويقع ذلك عادةً بالمناولة اليدوية(114)، أما إذا انصب على تشييد بناء أو تعبيد طريق فالتسليم يكون بأن يخلي المقاول بينه وبين صاحب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه(115).

وقد تضمنت الشروط العامة للمقاولات الحكومية في المادة (48) من نظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986 وتعديلاته ما يعطي للمهندس صلاحية تسلم المنشآت المقاولة على عدة دفعات إذا تم إنجازها وتبين أنها قد اجتازت الاختبارات النهائية المطلوبة وفقاً للعقد وأن الأعمال المنجزة يمكن استعمالها للغايات التي أنشئت من أجلها بشكل مناسب .

غير أن مدة الضمان للمشروع المنصوص عليه في المادة (73) من الشروط العامة لا تبدأ إلا بعد إصدار شهادة الصيانة المنصوص عليها في المادة (62) من الشروط العامة التي تقول: لا يعتبر العقد منتهياً إلا بعد أن يصدر المهندس شهادة الصيانة ويسلمها إلى صاحب العمل (مع إرسال نسخة منها إلى المقاول) مبيناً فيها أن الأشغال قد أنجزت وتمت صيانتها بشكل مقبول لديه، ويقوم المهندس بإصدار الشهادة المشار إليها خلال (28) يوماً من انتهاء فترة الصيانة أو

---

(113) السنهوري، الوسيط، جـ7 /1، المرجع السابق، بند 83 ص151؛ قرة، المرجع السابق، ص183 يسن، المرجع السابق، ص250.

(114)المومني، التزامات صاحب العمل، المرجع السابق، ص52؛ السرحان، المرجع السابق، ص46.

(115)شنب، المرجع السابق، بند 79، ص128؛ المومني، مسئولية المقاول والمهندس، المرجع السابق، ص109.

انتهاء آخر فترة من مدد الصيانة لأقسام الأشغال التي تمت بأمر المهندس وفقاً لأحكام المادتين (49،50) م ن الشروط العامة وذلك بغض النظر عن أي تسلم قد تم للأشغال أو قيام صاحب العمل بالدخول إلى الأشغال أو استعمالها بصورة كلية أو جزئية.

2.2.1 أطراف التسلم

إن التسلم يعتبر تصرفاً لاحقاً من قبل صاحب العمل لالتزام المقاول بتسليم المعقود عليه، وعليه فان أطراف التسليم هما المدين به وهو المقاول والدائن بالتسليم وهو صاحب العمل.

أما التسلم وهو التصرف الإيجابي من قبل صاحب العمل، يجريه عند وضع المعقود عليه تحت تصرفه وقبوله به وهو الذي يعتد به في هذه الدراسة وأطرافه هما المدين بالتسلم وهو صاحب العمل والدائن بالتسلم وهو المقاول[116].

وهذا ما سنوضحه ضمن فرعين مستقلين:

1.2.2.1المدين بالتسلم (صاحب العمل)

يقع على عاتق صاحب العمل الالتزام بتسلم البناء وذلك بعد معاينته وفحصه وفقاً لطبيعة العمل محل التسلم والتأكد من تمام تنفيذه ومطابقته للشروط وأصول الصنعة[117].

وهذا ما تبين لنا من نص المادة (792) من القانون المدني الأردني والتي نصت صراحةً على أنه "يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل"[118].

إذاً صاحب العمل وحده دون غيره هو الملتزم بتسلم العمل بعد إنجازه، حيث أنه بقيامه بهذا الالتزام يكون قد أبرأ المقاول من التزامه بالتسليم إذ يعتبر

---

(116)ليس معنى ذلك أن المقاول يقوم بدور في عملية التسلم ذاتها ولكن المقصود أن المقاول دائن بالالتزام بالتسلم، بينما صاحب العمل مدين به، فوفاء صاحب العمل بالتزامه بالتسلم هو وفاء للمقاو باعتباره دائناً بهذا الالتزام. أنظر يسن، المرجع السابق، ص201 هامش 1.

(117) يسن، المرجع السابق، ص202 -203؛ السنهوري، الوسيط ج 1/7، المرجع السابق، الفقرات 81- 86، ص147 -155.

(118)وهو ما تقضي به أيضاً المادة (655) من القانون المدني المصري .

التسلم مخالصة تثبت أن المقاول قام بكل التزاماته التعاقدية تجاه صاحب العمل[119].

وغني عن البيان أن الذي يوقع محضر التسليم والتسلم هو صاحب العمل سواء أكانت هناك تحفظات أم لا، كما يجوز أن يوقعه من يمثله في ذلك قانوناً كالمهندس أو من تتوافر فيه الصفة التمثيلية قانوناً[120]. على ان آثار التمثيل تتصرف مباشرةً إلى صاحب العمل وذلك حسب القواعد العامة للوكالة[121].

لكن في حالة إذا لم يقم صاحب العمل بتسلم البناء وأعذره المقاول والمهندس بذلك فإن المشرع الأردني في المادة (792) من القانون المدني الأردني قد أقرَّ أنه في حالة امتناع صاحب العمل عن تسلم العمل رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي ولم يكن لرفضه سبب مشروع أعتبر متعدياً، وعليه ضمانه في حالة تلفه في يد المقاول دون إهمال أو تقصير من جانب المقاول.

إذاً ما دام أن المقاول وضع البناء تحت تصرف صاحب العمل وكان مطابقاً للشروط والمواصفات فإنه يعتبر قد قام بالتزاماته التعاقدية وأتمَّها على أكمل وجه ومع ذلك امتنع صاحب العمل عن تسلمه دون سبب مشروع عندها يعتبر في حكم المسلَّم إليه (التسلم الحكمي)[122].

أما المشرع المصري فقد كان واضحاً في هذه المسألة، حيث أنه وضع قرينة قانونية في المادة (655) من القانون المدني المصري مفادها أن رب العمل يعتبر قد تسلم العمل في حال امتناعه عن تسلمه وبعد إعذاره من قبل المقاول بذلك.

وهذا هو المنطق حيث أنه لا يحق لصاحب العمل التعسف باستعمال حقه في تسلم العمل، والجزاء على ذلك هو اعتباره قد تسلمه في حال امتناعه عن ذلك دون سبب مشروع.

---

(119)شنب، المرجع السابق، بند 126 -127، ص150 -153؛ يسن، المرجع السابق، ص203

(120) يسن، المرجع السابق، ص203.

(121)شنب، المرجع السابق، بند 24، ص40؛ السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، بند 83، ص202 -203.

(122)المومني، التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة،المرجع السابق، ص72؛ المادة (1/10) من دفتر المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية لسنة 1999، الفصل العاشر، منشورات مركز عدالة.

2.2.2.1 الدائن بالتسلم (المقاول والمهندس)

بتمام عملية تسلم البناء من قبل صاحب العمل تبرأ ذمة المقاول والمهندس من كافة الالتزامات التعاقدية التي رتبها عليه عقد المقاولة[123].

إذاً فالمقاول والمهندس هو الطرف الآخر في عملية التسلم وهو الدائن في هذه العملية إذ تكون هذه العملية في صالحه خاصة ما يترتب على هذا التسلم من آثار كالإعفاء من العيوب الظاهرة .

والمقاول قد يكون شخصاً واحداً كما في حالة أن يبرم صاحب العمل العقد مع مقاول واحد ليقوم بتنفيذ كل العمل محل العقد، وقد يبرم صاحب العمل عدة عقود مع عدة مقاولين، عندها نكون بصدد أكثر من عملية تسلم وفي هذه الحالة يكون كل مقاول مسؤول في حدود اختصاصه وما ساهم به في عملية التنفيذ[124].

ومع ذلك يقع التزام على عاتق المقاول وهو بداهة ولما يفي به مبدأ حسن النية - أن يقوم المقاول بإعلام صاحب العمل عن أية عيوب قد تكون خافية على هذا الأخير[125].

كما قد يكون المهندس طرفاً في عملية التسلم خاصة إذا ما تم التنفيذ عن طريقه حيث يكون من حقه كالمقاول أن يطلب تسلم العمل من قبل صاحب العمل. كما أنه يقع عليه واجب وهو مساعدة صاحب العمل بتسلم العمل باعتباره رجلاً متخصصاً في ذلك حيث يقوم بنصح صاحب العمل سواء بقبول العمل مع التحفظ أم دون تحفظ، أو ينصحه بعدم تسلمه وذلك وفقاً لطبيعة العمل محل العقد، وهذا الالتزام الذي يقع على المهندس عليه أن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد[126].

ومع ذلك إذا ما وقَّع المهندس محضر التسليم والتسلم فإن هذا لا يعني أن عملية التسلم قد تمت، كما ولا يجوز الاحتجاج بهذا التوقيع على صاحب العمل ما لم يكن موكلاً في ذلك منه[127].

---

(123)يسن، المرجع السابق، ص205.

(124)عبد الرازق يسن، المرجع السابق، ص205.

(125)عبد الرازق يسن، المرجع السابق، ص206.

(126)السنهوري، ج7، المرجع السابق، ص209.

(127) البكري، المرجع السابق، بند 98، ص251؛ سرور، المرجع السابق، ص150.

3.2.1 في حالة تم التسلم فما هو أثره بالنسبة للضمان

نصل في هذا الجزء الأخير إلى دراسة الآثار التي تترتب على تسلم البناء حيث أن التسلم له أهمية بالغة لما يترتب عليه من آثار هامة(128) منها استحقاق الأجر حيث أن الأجر أحد أركان عقد المقاولة، وهو من الالتزامات التي تقع على عاتق صاحب العمل لذلك على هذا الأخير دفع الباقي المستحق من أجر في حال تمام تسلم البناء.

كما أنه يترتب على التسلم من ناحية أخرى انتقال تبعة الهلاك من المقاول إلى صاحب العمل حيث يصبح حارساً له(129)، ومن ناحية ثالثة يترتب على تسلم البناء الإعفاء من العيوب الظاهرة وبدء سريان مدة الضمان.

ويكتسب هذا الأثر الأخير أهمية خاصة في دراسة الآثار المترتبة على تسلم البناء حيث أن مدة الضمان العشري تبدأً من تاريخ تسلم البناء.

وعليه سوف تكون دراسة هذا الجزء ضمن نقطتين ندرس في أولهما: مدى ضمان العيوب الظاهرة في البناء وثانيهما: بدء سريان مدة الضمان.

1.3.2.1 مدى ضمان العيوب الظاهرة

العيوب التي قد تعتري البناء قد تكون ظاهرة وقد تكون خفية:

فأما العيوب الظاهرة فهي التي يمكن لصاحب العمل أو من ينوب عنه اكتشافها لو بذل في فحصها ما يبذله الشخص المعتاد من نفس الطائفة(130).

---

(128) انظر بالتفصيل حول الآثار المترتبة على تسلم البناء: يسن، المرجع السابق، ص260 -278 ص69 -70، طلبة، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق، ص815؛ شنب، المرجع السابق بند 102؛قرة، المرجع السابق، ص186؛ السنهوري، الوسيط، جـ7، المرجع السابق، بند 132، ص179 -181.

(129)هناك أثر آخر للتسلم وهو انتقال ملكية الشيء المصنوع من المقاول إلى صاحب العمل. إلا أن هذا الأثر يترتب على التسلم في غير عقد مقاولة المباني والإنشاءات الثابتة، أما في هذا العقد وهو مجال دراستنا فإن المواد التي يقدمها المقاول لإقامة البناء وتشييده تنتقل ملكيتها إلى صاحب العمل أولاً بأول بطريق الالتصاق بمجرد اندماجها في البناء ودخولها في ملكه، طبقاً لقاعدة "ما يبنى على الأرض يتبعها" أنظر عبد الرازق يسن، المرجع السابق، ص 260، هامش 4.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الأثر المخفي للتسلم يقضي التـــزام المقـــاول بضمان العيوب الخفية والظاهرة معاً [131]، لكن البعض الآخر يقصر هـــذا الأثـــر على العيوب الظاهرة فقط، ويبرر ذلك أنه بالرغم من عدم وجود نص يقضي بـــه إلا أنه يتفق مع القواعد العامة وذلك على أساس أن قبول صاحب العمل بـــه دون إبداء أي تحفظ رغم علمه بها يفيد أنه قد نزل عن حقه في الرجوع على المقـــاول بضمان هذه العيوب، أو أن صاحب العمل قدَّر أن هذه العيـــوب ليـــست جـــسيمة بالتالي لا تؤثر على هذا العمل أو تنقص من قيمته، كما أنه في حالة أن تكون هذه العيوب من السهل اكتشافها ومع ذلك صاحب العمل لم يكتشفها حيث لم يبذل فـــي فحصها عناية الشخص المعتاد عندها يعتبر مهملاً وعليه أن يتحمل نتيجة إهماله، وجزاءً له لا يحق له الرجوع على المقاو بالضمان[132].

إلا أنه قد يقِّر صاحب العمل به لكن مع بعض التحفظات عندها يطلب من المقاول إصلاح هذه العيوب ضمن أجل محدد، ويثبت ذلك في محـــضر التـــسليم والتسلم فإذا لم يوافق المقاول على الإصلاح جاز لصاحب العمل بعد اســـتئذان المحكمة القيام بهذا الإصلاح وعلى نفقة المقاول[133].

أما في حالة العيب الخفي فإن صاحب العمل لا يكون بإمكانه اكتشافه وقت تسلم العمل، حتى لو بذل في معاينته وفحصه عناية الشخص المعتاد. ففـــي هـــذه الحالة فإن قبول صاحب العمل به لا يبرئ المقاول والمهندس من ضمان مثل هذا العيب، والعلَّة في ذلك أن هذا القبول لا يمكن أن يفيد الموافقة والإقرار بالعمل إلاَّ إذا صدر وصاحب العمل على علم بكل ظروف الحال.

---

(130)يسن، المرجع السابق، بند 102، ص152؛ ياقوت، ناجي ، مسؤولية المعماريين بعد إتمـــام الأعمـــال وتسلمها، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص267.

(131)أنظر بالتفصيل حول رأي الفقه، ياقوت ، المرجع السابق، ص266 -267؛ شنب، المرجع السابق، بند 102، ص152 153؛ يسن، المرجع السابق، ص274، السنهوري؛ الوسيط، جـــ 7، المرجع السابق، بند 59، ص79 -104، بند 85، ص153.

(132)ياقوت، المرجع السابق، ص267؛ شنب، المرجع السابق، بنـــد 102، ص152 - 153؛ الـــسنهوري، الوسيط، جـــ 7، بند 59، ص79 -104، بند 85، ص153.

(133) يسن، المرجع السابق، ص274.

حيث أن العمل حتى لو كان في الظاهر مطابقاً للشروط وأقــرّه صـــاحب العمل، وبعد ذلك تبين أن فيه عيباً خفياً، فليس من العدل اعتباره أنه قد أقرّ هــذا العمل وقبل به على ما به من عيوب، مادام أنه لم يكن بوسعه أن يكتشفها ولم يكن يعلم بها(134).

إذاً يتضح لنا ممّا سبق أن الفقه قد أجمع علـــى إعفــاء وإبــراء المقـــاول والمهندس من العيوب الظاهرة دون الخفية.

أما بالنسبة لموقف القضاء الأردني فقد استقر على الحكم بإعفاء المقـــاول والمهندس من ضمان العيوب الظاهرة التي لم يتحفظ بشأنها، عكس العيوب الخفية التي يظل صاحب العمل محتفظاً بدعواه التعاقدية طيلة المدة التـــي تقــضي بهـــا القواعد العامة في الضمان(135) وقد قضي تطبيقاً لذلك بأن " أن استلام البناء عظـــم لا يعتبر قبولاً بالعيب لأن العيب لم يكون ظاهراً عند استلامه وإنمـــا بـــان علـــى صورة التصدع والتشقق الذي لم يظهر إلا في خلال الـــسنة التـــي أقيمـــت فيهـــا الدعوى"(136).

2.3.2.1 بدء سريان مدة الضمان

نصت الفقرة الثالثة من المادة (788) من القانون المدني الأردني على أنـــه "تبدأ مدة العشر سنوات من وقت تسلم العمل". وهذا هو ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة (651) من القانون المدني المصري والتي جـــاء نـــصها "وتبـــدأ مـــدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل".

إذاً فبدء سريان مدة الضمان العشري وفقاً لما تقضي به النصوص السابقة يكون من وقت تمام العمل وتسلمه، ولا حاجة بعد ذلك لمعرفة الوقت الذي قام فيه السبب المؤدي إلى حدوث التهدم أو ظهور العيب سواء أكان راجعاً إلى التـــصميم أم إلى التنفيذ، حيث يكون موجوداً قبل التسلم لكن لا يكتشفه صاحب العمل إلا بعد التسلم، ولعلَّ السبب في ذلك هو أن خطورة مثل هذه المباني والمنشآت تقتـــضي

---

(134)ياقوت، المرجع السابق، ص267 -268؛ شنب، المرجع السابق، بند 102، ص153.

(135) ياقوت، المرجع السابق، ص269.

(136)تمييز حقوق رقم 1989/691، مجلة نقابة المحامين، 1990، ص2299.

امتداد مسؤولية المقاول والمهندس - عما يصيبهما من تهدم كلي أو جزئي وما يظهر من عيوب إلى ما بعد الإنجاز والتسليم بخلاف القواعد العامة التي لا توجب الضمان عن التهدم والعيب الذي يطرأ بعد التسليم(137).

إذاً بتمام العمل وتسليمه تبدأ مدة العشر سنوات بالسريان حيث تنعقد مسؤولية كل من المقاول والمهندس في حال حدوث تهدم كلي أو جزئي في البناء خلال المدة السابقة، ونرجئ دراسة هذه المدة بالتفصيل إلى الجزء الثالث من هذا الفصل.

3.1 ظهور التهدم خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم

لا يكفي وجود عقد مقاولة ومن ثم تسلم البناء لإعمال مسؤولية المقاول والمهندس، بل يشترط أيضاً حدوث الضرر الذي يضمنانه خلال عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم البناء وعلى هذا ورد نص المادة (788) من القانون المدني الأردني صريحاً.

إذاً هذا الشرط مستلزم بنص القانون وهو يتضمن عنصرين:

أولها: عنصر موضوعي وهو حدوث تهدم (كلي أو جزئي) أو ظهور العيب الذي يهدد سلامة البناء.

وثانيها: عنصر زمني وهو النطاق الزمني للضمان؛ ألا وهو أن يحدث التهدم أو يظهر العيب خلال عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء.

وعليه تقتضي منا دراسة هذا الشرط تقسيمه إلى جزئيين مستقلين: ندرس في الأول ضرورة حدوث التهدم أو العيب الذي يهدد سلامة البناء وفي الثاني أن يحدث هذا التهدم أو العيب خلال عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء.

1.3.1 حدوث تهدم أو عيب يهدد سلامة البناء

إن هذا الشرط يكتسب أهمية خاصة في المسؤولية العشرية، حيث أنه لا بد من حدوث التهدم أو العيب في البناء حتى تقوم مسؤولية كل من المقاول والمهندس لضمان الأضرار التي تحدث في البناء.

وعليه فإن طبيعة هذه الدراسة ومنهجيتها تقتضي منا تناولها في الجزء الثاني من الفصل الثاني من هذه الأطروحة باعتبارها تشكل حداً مهماً لقيام هذه

(137)الدوري، محمد جابر، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، دراسة مقارنة، مطبعة عشتار، بغداد، 1985، ص179.

المسؤولية، لذلك نحيل هذا الموضوع إلى الجزء المخصص لدراسة نطاق الضمان العشري من حيث الأضرار التي يشملها.

2.3.1 أن يكون هذا التهدم خلال عشر سنوات

طبقاً لنص المادة (788) من القانون المدني الأردني فإن مسؤولية المقاول والمهندس لها نطاق زمني معين ألا وهو عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسليم البناء.

ويكتسب هذا النطاق الزمني أهمية بالغة بالنسبة لتطبيق أحكام الضمان العشري، لذلك سوف نتناول دراسة هذا الشرط ضمن ثلاثة أجزاء وهي على النحو التالي:

1.2.3.1: ماهية مدة الضمان العشري والطبيعة القانونية له.

ونتاول فيه التعرف على ماهية مدة الضمان،ومن ثم تناول الطبيعة القانونية له.

1.1.2.3.1 ماهية مدة الضمان العشري

تتفق القوانين العربية مثل قانون الموجبات والعقود اللبناني مع القانون المدني الأردني حول خصوصية هذا الضمان لذلك أفردت له أحكاماً خاصة إلى جانب الأحكام العامة في الضمان، لكن تختلف بعض هذه القوانين من حيث مدة الضمان(138)، وفي القانون الأردني حدد المشرع مدة ضمان المهندس ومقاول البناء في المادة (788) منه بعشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل(139).

وهذه المدة المحددة بنص القانون لا يمكن الحد منها، ويعتبر كل شرط يؤدي إلى ذلك باطلاً وذلك بالاستناد إلى نص المادة (790) من القانون المدني الأردني بقولها "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه".

---

(138) فبعض القوانين جعلت مدة الضمان عشر سنوات كالقانون الأردني رقم (43)لسنة 1976 (م. 788)، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، (م.651). وبعضها الآخر جعل هذه المدة خمس سنوات مثل قانون الموجبات والعقود اللبناني (م.668)، انظر بالتفصيل حول ذلك، الدوري، المرجع السابق، ص218 -220 .

(139)تمييز حقوق رقم 2003/3898، بتاريخ 2004/2/16، منشورات مركز عدالة.

وإلى جانب هذه المدة القانونية هناك أيضاً المدة الاتفاقية إن جاز التعبير، حيث جاء في نهاية الفقرة الأولى من المادة (788) من القانون المدني الأردني"........ إذا لم يتضمن العقد مدة أطول".

حيث أنه وحسب النص السابق يجوز للطرفين إدراج مدة أطول في العقد تزيد عن العشر سنوات، وبالتالي يلتزم الطرفان بهذه المدة فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين. وعلى خلاف ذلك سار القانون المدني المصري حين أجاز إنقاص المدة إلى أقل من عشرة سنوات وذلك تحقيقاً للغرض المراد، كما في حالة أن يكون الهدف من إقامة المباني استعمالها لمدة تقل عن عشر سنوات (م.651)(140).

أي أن يكون المتعاقدان قد أرادا قصدا أن يبقى البناء مدة تقل عن عشر سنوات. فالأصل لا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة الضمان إلى أقل من عشر سنوات لأن هذا ممنوع بصريح نص المادة (653) مصري(141). لكن هذا لا يمنع من أن تكون مدة الضمان أقل إذا كان المقصود هو إقامة المباني مدة أقل من عشر سنوات.

ويبدو لنا أنه وعلى الرغم من عدم وجود مثل هذا الحكم في القانون الأردني إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الأخذ به مسايره للواقع وتوسيعاً لنطاق هذه المسؤولية، مع توخي الحذر من استغلال مثل هذا الحكم القانوني للنفاذ من خلاله لاستعمال طرق الغش، وذلك بالتواطؤ مع المقاول والمهندس من جهة وصاحب العمل من جهة أخرى في مواجهة الغير(142)، بالإضافة إلى ذلك فإن عنصر الزمن لم يعد هو الوسيلة الوحيدة لاختبار متانة البناء وسلامته، حيث أن التطور والتقدم في مجال تشييد المباني أدى إلى ظهور الكثير من الوسائل التي تضمن إنشاء مباني سليمة من العيوب، كما أن التقدم العلمي قد توصل إلى اكتشاف العديد من

---

(140) شنب، المرجع السابق، بند 120، 186؛ أنظر في نقد هذا الحكم سرور، المرجع السابق، البند الرابع من الخاتمة، ص 484.

(141) السنهوري، المرجع السابق، ج7، بند 67، ص124؛ شنب، المرجع السابق، ص186.

(142) اليعقوب، المرجع السابق، ص 279.

الأجهزة التي تعمل على اختصار الزمن اللازم لاختبار متانة البناء، وبإمكان صاحب العمل الاستعانة بها(143).

كما أن القانون المصري لم يمنع من الاتفاق على زيادة هذه المدة، وإن لم تشر إلى ذلك النصوص القانونية وذلك استناداً إلى إرادة المتعاقدين من جهة وإلى عدم وجود نص يمنع من ذلك من جهة أخرى(144).

وعليه يجب أن يحدث التهدم أو يظهر العيب في البناء أثناء سريان العشر سنوات، بحيث إذا انقضت هذه المدة دون حدوث التهدم أو ظهور العيب في البناء برئت ذمة كل من المقاول والمهندس من هذا الضمان.

فالأصل إذن أن عقد المقاولة ينتهي بتمام عملية التسلم، لكن خروجاً على القواعد العامة ارتأى المشرع قيام الضمان إلى ما بعد التسلم، وذلك لخطورة المباني والمنشآت المقامة وما يسببه تهدمها أو ظهور عيب جسيم بها من أضرار جسيمة تمس الاقتصاد القومي والأمن العام.

تبقى مسألة مهمة وهي أن القانون الأردني قد ميز بين مدة الضمان ذاتها وبين مدة عدم سماع دعواه، فحيث أن مدة الضمان عشر سنوات فقد جعل مدة تقادم الدعوى سنة من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب كما قضت بذلك المادة(791) من القانون المدني الأردني.

ويحمد المشرع الأردني على هذا المسلك حيث جعل صاحب العمل يستفيد من مدة الضمان كاملة وحتى آخر يوم فيها. كما أنه فصل بين المدتين فصلاً كاملاً من حيث بدايتها ونهايتها حيث أن تاريخ مدة الضمان العشري تبدأ من وقت تسلم العمل من قبل صاحب العمل، أما مدة رفع الدعوى فتبدأ من تاريخ حصول التهدم أو اكتشاف العيب(145).

فإذا ما حصل التهدم أو العيب قبل انقضاء العشر سنوات ولو بيوم واحد فإن الضمان يقوم ويكون أمام صاحب العمل مدة سنة من هذا التاريخ لرفع دعواه.

---

(143) السنهوري، المرجع السابق، ج7، بند 67، ص121 123؛ يسن، المرجع السابق، ص 293.

(144)السنهوري، ج7، المرجع السابق، ص 124، المومني، مسؤولية المقاول، المرجع السابق، ص 256.

(145)الأودن، سميرعبد السميع، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء (المقاولين والمهندسين)، مكتبة الإشعاع لطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 24.

فمدة السنة هذه كافية لقيام صاحب العمل بالتحضير لإجراءات الدعوى فنياً أو قانونياً أما إذا ما حصل التهدم أو العيب بعد انقضاء مدة الضمان فيسقط الضمان ولا تنشأ بالمقابل لصاحب العمل دعوى[146].

فمدة الضمان هي المدة التي أراد المشرع ضرورة مرورها لاختبار متانة البناء وسلامته وخلوه من أية عيوب يمكن أن تهدد سلامة البناء وتعرضه للخطر بحيث إذا نقضت هذه المدة برئت ذمة كل من المقاول والمهندس، وانتقلت تبعة ما قد يحدث من تهدم أو يظهر عيب إلى عاتق صاحب العمل أو من آلت إليه ملكية العقار[147]، وقد قدرها المشرع الأردني وكذلك المصري بعشر سنوات يظل خلالها كل من المقاول والمهندس مسؤولان عما يحدث خلالها من تهدم للبناء أو عيوب تجعل من البناء غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله.

أما مدة دعوى الضمان فهي - كما سنرى لاحقاً في الفصل الثالث من هذه الدراسة - المدة التي فرضها المشرع على صاحب العمل ليقوم خلالها برفع دعواه أمام القضاء إذا ما حدث للمباني أي من الأضرار التي ذكرت سابقاً، فإذا ما حدث العيب خلال مدة الضمان (عشر سنوات) ولم يقم صاحب العمل برفع دعواه وانتهت مدة الضمان لا تسمع دعواه(148).

2.1.2.3.1 الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري

نبحث في هذا البند الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري والمنصوص عليها في المادة (788) من القانون المدني الأردني، حيث أجمع الفقه [149] على أن هذه المدة هي مدة تجربة واختبار لمتانة البناء وسلامته من العيوب الخفية.

---

(146)بلال، المرجع السابق، ص184.

(147)شنب، المرجع السابق، بند 110، ص290-291؛ السنهوري، المرجع السابق، بند 67، ص122 الدوري، المرجع السابق، ص235.

(148) يسن، المرجع السابق، ص291.

(149)السنهوري، المرجع السابق، بند 67، ص123؛ ياقوت، المرجع السابق، ص25، قرة، المرجع السابق، ص155؛ شنب، المرجع السابق، بند 109، ص167؛ السرحان، المرجع السابق، ص6.

وعليه فإن هذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، حيث أن مدة التقادم أقرَّها المشرع الأردني في المادة (791) وهي سنة من تاريخ حصول التهــدم أو اكتشاف العيب.

ويترتب عمَّا سبق عدم إخضاع هذه المدة لما يخضع له التقادم من وقف أو انقطاع إلا بإقامة الدعوى [150]، ذلك لا توقف هذه المدة ولو وجد مانع يتعذر معــه على صاحب العمل المطالبة بحقه في الضمان كأن يكون غير كامل الأهليــة، أو غائباً أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية وليس له نائبٌ يمثله قانوناً[151]، أو كان هــذا المانع مادياً كقيام حرب أو ثورة ترتب عليها انقطاع المواصلات، فاستحال علــى صاحب العمل أن يتخذ الإجراءات القضائية للمطالبة بحقه[152].

2.23.1 مدى تعلق أحكام الضمان بالنظام العام

إن الضمان بوجه عام لا تعتبر أحكامه من النظام العــام وبالتــالي يجــوز الاتفاق على ما يخالف أحكامه تخفيفاً أو تشديداً باتفاق خاص[153].

وذلك بعكس الضمان الخاص بالمهندس والمقاول حيث تعتبر أحكامه مــن النظام العام وذلك بنص صريح في معظم التشريعات العربية مثل القانون المــدني الأردني (م. 790).

لقد أراد المشرع أن يدعم الحماية التي منحها لصاحب العمل فجعل أحكــام الضمان الخاص في عقد المقاولة - من النظام العام على خلاف القواعد العامــة فيه، لذلك سوف نتكلم في هذا الفرع عن الحكمة من تعلق أحكام الضمان بالنظــام العام في البند الأول، وفي البند الثاني سوف نتكلم عن حكــم الإتفاقــات المعدلــة لأحكام الضمان.

1.2.2.3.1 الحكمة من تعلق أحكام الضمان بالنظام العام

---

(150) سرور، المرجع السابق، ص268.

(151)شنب، المرجع السابق، ص167؛ السنهوري، المرجع السابق، بنــد 67، ص123؛ يــسن، المرجــع السابق، ص301؛ السرحان، المرجع السابق، ص61؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص276.

(152) يسن، المرجع السابق، ص301.

(153) ياقوت، المرجع السابق، ص245؛ السنهوري، المرجع السابق، بند59، ص103.

أورد القانون المدني الأردني نصاً صريحاً في المادة (790) منه على تعلق مدة الضمان بالنظام العام. حيث نصت هذه المادة على أنه "يصبح باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه". يستفاد من نص هذه المادة أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء من الضمان العشري أو الحد منه.

كما أنه لا يجوز للمقاول أو المهندس أن يشترط شروطاً يقصد منها الحد من الضمان، كما لو اشترط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات بدلاً من عشر سنوات.

ويرى بعض الفقه أن تعلق هذه المسؤولية بالنظام العام يمنع من الاتفاق على الإعفاء منها قبل تحققها، أما متى تحققت هذه المسؤولية - بحصول التهدم أو بوجود العيب فعلاً - فإن حق صاحب العمل في الرجوع بالضمان لا يتعلق بالنظام العام ويجوز له النزول عنه صراحة أو ضمناً، وقبول العمل رغم العلم بوجود العيب يفيد هذا النزول[154].

إن التزام كل من المقاول والمهندس هو التزام بتحقيق نتيجة معينة ألا وهي بقاء البناء سليماً خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمه[155] وخال من العيوب التي تؤثر في سلامته.

وهذا الخروج على القواعد العامة في الضمان وتعلقه بالنظام العام له مبررات توجبه، وهي حماية المصالح العامة والمصالح الخاصة. لذلك سوف نبحث أولاً حماية المصالح العامة ثم بعد ذلك حماية المصالح الخاصة.

أولاً : حماية المصالح العامة

كثيراً ما تقوم الدولة في العصر الحديث بالتعاقد مع المقاولين مباشرة للقيام بالمشاريع الإنسانية التي تحتاجها كإقامة الجسور والطرق والمدارس وغيرها من المنشآت الكبيرة أو الصغيرة والتي تقدمها كخدمات لازمة وضرورية للمجتمع،

---

(154)شنب، المرجع السابق، بند 108، ص165-166، هامش (1)؛ أيضاً بند 120، ص186-187 السنهوري، المرجع السابق، ص142 - 143.

(155)أحمد، إبراهيم سيد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقهاً وقضاءاً، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص87؛ الأودن، المرجع السابق، ص22.

وبالتالي تكون هي صاحبة العمل في أكبر المشاريع وأكثرها أهمية بالتالي يجب إنجازها سليمة ومتينة ومؤدية للغرض الذي أنشئ من أجلها.

وحماية المصالح العامة تتحقق أيضاً بحماية السلامة العامة، وتفصيل ذلك أن تهدم المباني والمنشآت الكلي أو الجزئي، يؤدي إلى حدوث كوارث تصيب الكثيرين بأضرار فادحة جداً وذلك في أموالهم وأرواحهم سواء كانوا أصحابها أو مستأجرين أو جيرانها أو المارة في الطريق العام، وهؤلاء طائفة كبيرة من الناس من الضروري حمايتها بألاَّ يسمح للمهندسين والمقاولين باستبعاد مسؤولياتهم عن هذه الحوادث وما يترتب عليها من أضرار باتفاق خاص[156].

وهذا ما سلكه القضاء الأردني في أحكامه وكان أهم ما استقر عليه هو عدم جواز الاتفاق في العقد على ما يخالف المصالح العامة[157].

ثانياً : حماية المصلحة الخاصة

من المؤكد أن المصلحة الخاصة هنا هي مصلحة صاحب العمل فهو الشخص الذي تعاقد مع المقاول والمهندس على إقامة البناء، بالتالي فهو يهدف من وراء ذلك تحقيق مصلحة خاصة به وهذه المصلحة من الضروري أن يسعى القانون لحمايتها لأن من أهدافه حماية الصالح الخاص إلى جانب الصالح العام. ومن هذا المنطلق فإن المشرع قد نص صراحةً على حماية صاحب العمل خاصةً أنه عادة لا يكون من أهل الخبرة الفنية في أعمال البناء[158]. وبناءً على ذلك فإن المشرع قد جعل مدة الضمان طويلة وذلك لاختبار متانة البناء وصلابته[159].

فضلاً عن ذلك فإن المقاول والمهندس هما الجانب الأقوى في عقد المقاولة من الناحية الفنية بالتالي يستطيعان أن يضيعا هذه الحماية لو أجاز القانون التخفيف

---

(156)العمروسي، المرجع السابق، ص58 -89؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 148، ص254 -255؛ شنب، المرجع السابق، ص185.

(157)أنظر تمييز حقوق رقم 83/252 مجلة نقابة المحامين، لسنة 1984، ص358، لسنة 1984 والتي جاء فيها "أن المصلحة المعتبرة من قواعد النظام العام وهي مصلحة يتوجب على جميع الأفراد احترامها لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة".

(158) العمروسي، المرجع السابق، ص57.

(159)السنهوري، المرجع السابق، بند 75، ص140.

من المسؤولية أو الإعفاء منها لأنهم سوف يلجئون إلى تضمين عقـودهم بنـود تعفيهم من المسؤولية وهذا فيه ضرر كبير بأصحاب الأعمـال الـذين غالبـاً لا يفهمون في مسائل البناء إضافةً للضرر الذي يمكن أن يمس المجتمع بأكمله(160).

وخلاصة القول أن المشرع أراد أن يدعم هذه الحماية الضرورية فجعلهـا من النظام العام، حتى لا تضيع أرواح الناس أو أموالهم نتيجة عبث أو اسـتهتار بعض المقاولين والمهندسين أو حتى تهاونهم في الشعور بالمسؤولية الملقاة علـى عاتقهم، وحتى تتحقق النتيجة المطلوبة وهي إقامة بناء سليم خالي من العيوب التي قد لا تحقق الغرض من إنشاء هذا البناء، وهذا بالطبيعي يحقق المصلحة العامـة كما أنه يحقق مصلحة خاصة وهي مصلحة صاحب العمـل وجميـع المنتفعـين بالمباني والمنشآت بوجه عام(161).

2.2.2.3.1 أثر تعلق أحكام الضمان بالنظام العام

رأينا فيما سبق كيف أن المشرع الأردني نص صراحةً على تعلق أحكـام الضمان بالنظام العام، كذلك رأينا إجماع الفقه على ذلك لما في ذلك من ضـرورة تقتضيها رعاية الصالح العام والخاص على السواء وحث المعماريين والمقـاولين على بذل أقصى عناية ممكنة في تأدية أعمالهم.

وعليه فهناك أثر لهذا التعلّق يتمثل في مدى صحة الشروط التي من الممكن أن يتضمنها العقد سواء كانت مشددةً أم معفيةً أم مخففةً لمدة الضمان، وهـذا مـا سوف نوضحه ضمن ثلاث نقاط متتالية:

أولاً : حكم الشروط المشددة

إذا كان قصد المشرع من اعتبار الضمان من النظام العام هو التشديد فـي مسئولية المقاول والمهندس فإنه من الطبيعي والمؤكد تشديد مدة الضمان وزيادتها على عشر سنوات، حيث أن أحكام القانون تمثل الحد الأدنـى للحمايـة المقـررة

(160)شنب، المرجع السابق، بند 120، ص158؛ ياقوت المرجع السابق، بند 149، ص255 -256.
(161) ياقوت، المرجع السابق، بند 150، ص257؛ العمروسي، المرجع السابق، ص58.

بخصوص هذا الضمان ويفهم ذلك من نص المادة (788) من القانون المدني الأردني في فقرتها الأولى حيث تضمنت: "... إذا لم يتضمن العقد مدة أطول".

إذا يفهم ممّا سبق أنه يجوز لصاحب العمل أن يضمن عقد المقاولة شرطاً يبقى فيه المقاول والمهندس متضامنين في المسئولية لمدة تزيد على عشر سنوات.

والحالات التي يمكن أن تزيد فيها مدة الضمان على عشر سنوات هي بحسب جسامة المنشآت ودقة العمل فيها[162]. أو أن يشمل الضمان العيوب الظاهرة لمدة أطول[163] أو يتحمل المقاول والمهندس تبعة التهدم الناتج عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة[164].

فالحكمة من جواز مثل الاتفاقات السابقة هو تحقيق الهدف المقصود من جعل الضمان من النظام العام وهو تحقيق الصالح العام والخاص معاً[165]، وهذا التشديد وإن لم ينص عليه صراحة إلا أنه يفهم بالمخالفة من نص المادة (790) من القانون المدني الأردني والتي تمنع تحفيف الضمان أو الحد منه.

ومع ذلك يجب التحفظ بالنسبة لجواز إطالة مدة الضمان؛ وذلك حتى لا يتعسف أصحاب الأعمال فيضمنون عقودهم مثل هذه الشروط خاصة عندما يكونوا هم الطرف الأقوى ككبار الشركات، حيث أن هذه المدة هي لاختبار متانة البناء وصلابته فإذا كان البناء مما تكفي مدة العشر سنوات لاختبار مدى متانته وصلابته فإن إطالة المدة في هذه الحالة لا تحقق الهدف المقصود من جواز اشتراط إطالتها عكس ما إذا كان البناء من المنشآت الجسيمة والتي بحاجة إلى مدة أطول لفحص متانته وخلوه من العيوب التي قد تهدد تحقيق الغرض المقصود منه، فيمكن أن تكون مثل هذه الشروط المشددة مردها القواعد العامة فيما يتعلق بشروط الإذعان[166]

---

(162) ياقوت، المرجع السابق، ص258، بند 152.

(163)السنهوري، المرجع السابق، بند75، ص142؛ العمروسي، المرجع السابق، ص59.

(164)شنب، المرجع السابق، ص120، ص185؛ عنبر، المرجع السابق، ص221 -123، ياقوت، المرجع السابق، بند 152، ص258.

(165)الدوري، المرجع السابق، ص199 - 273؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 152 -258؛سرور، المرجع السابق، بند 291، ص317 -319.

(166) يسن، المرجع السابق، ص318 - 319.

ثانياً: حكم الشروط المخففة

تنص المادة (790) من القانون المدني الأردني على أنه "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه". إذن طبقاً للنص السابق فإن حكم الشروط المخففة هو البطلان، والبطلان محله هنا الشرط لا العقد، وهذا البطلان مطلق لأنه متعلق بالنظام العام فلا يصححه أي اتفاق وهذا ما انعقد عليه الاجتهاد[167].

لكن في القانون المصري يجوز الاتفاق على مدة أقل من عشر سنوات في حالة أن المتعاقدين قد قصدا من إقامة المباني استعمالها مدة اقل من العشر سنوات لذلك أعطى المشرع المصري للطرفين حرية الاتفاق على إنزال مدة الضمان وعليه تكون هذه المدة هي مدة الضمان[168] هنا في هذه الحالة يقتصر الضمان على المبنى ذاته والمدة المحددة له[169].

لكن جانب من الفقه ينتقد هذا المسلك من المشرع المصري في أنه يتعارض مع تعليق البطلان بالنظام العام[170]. وعليه يرى هذا الجانب من الفقه أنه لا يجوز الاتفاق على الحد من الضمان كاشتراط مدة أقل عن المدة المقررة قانوناً أو قصر الضمان على عيوب معينة دون غيرها أو التنازل مقدماً عن دعوى الضمان إلى غير ذلك من الشروط المشابهة لأنها اتفاقات باطلة مخالفة للنظام العام.

---

(167)شنب، المرجع السابق، بند 120، ص186؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص124؛ الدوري، المرجع السابق، ص273؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 156، ص261؛ سرور، المرجع السابق، بند 302، ص325؛ منصور، حسين ، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ص131؛ أبو علم، مصطفى، المسئولية عن تهدم البناء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س2 1985، العدد 4، ص30-31.

(168)يسن، المرجع السابق، ص321؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص124؛ مرسي، محمد كامل، شرح القانون المدني المصري، العقود المسماة، الطبعة الثانية، 1952، المطبعة العالمية ودار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بند 601، ص504.

(169) سرور، المرجع السابق، بند 303، ص226.

(170)المرجع نفسه.

ثالثاً: حكم الشروط المعفية

لا يختلف حكم الشروط المعفية عن حكم الشروط المخففة في القانون المدني الأردني ويظهر ذلك جلياً من خلال نص المادة (790) والذي قضى ببطلان كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه. إذاً مادام أن القانون نص صراحة على بطلان أي شرط يقصد به التخفيف من الضمان فمن باب أولى بطلان أي شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من هذا الضمان، لأن هذا الضمان يتعلق بالنظام العام ولا يجوز النزول عنه مقدماً.

فلا يجوز أن يشترط المقاول أو المهندس في عقد المقاولة أن تبرأ ذمتهما من الضمان عن جميع العيوب بمجرد تسلم صاحب العمل البناء[171] لأنه في هذه الحالة يعتبر الشرط باطلاً وهذا ما انعقد عليه الفقه[172].

وهنا نود الإشارة إلى مسألتين مهمتين تتعلقان بأثر تعلق مدة الضمان بالنظام العام وهما أولاً: مدى جواز نزول صاحب العمل عن حقه في الضمان بعد تحقق سببه، وثانيا : مدى سلطة القاضي في التمسك بانقضاء مدة الضمان إذا لم يتمسك بها المدين.

فبالنسبة لمدى جواز صاحب العمل النزول عن حقه في الضمان بعد تحقق سببه، فقد علمنا سابقاً أن الإتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه يكون باطلاً في حالة كونه سابق على تحقق سبب الضمان، وعليه يحقق الهدف المقصود من وراء تعلقه بالنظام العام وهو حماية صاحب العمل وحماية الصالح العام على حدٍ سواء[173].

أما في حالة تحقق سبب الضمان فإن صاحب العمل يكون قد علم بمدى خطورة التهدم أو العيب الذي أصيب البناء وهنا في هذه الحالة كما يقول الدكتور

(171) طلبة، المرجع السابق، ص810؛ السنهوري، المرجع السابق، بند 75، ص141.

(172)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص131-132؛ سرور، المرجع السابق، بند 302 ص224؛ شنب، المرجع السابق، بند 120، ص185؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 153، ص359.

(173) العمروسي، المرجع السابق، ص55؛ السنهوري، المرجع السابق، بند76، ص142؛ يسن، المرجع السابق، ص334-335.

يسن " أننا نكون قد انتقلنا من الجانب الوقائي لأحكام هذه المسؤولية إلى الجانب العلاجي لها، والذي تنفرد بحمايته بالتالي المصلحة الخاصة لصاحب العمل"[174].

وعليه يكون صاحب العمل حراً بعد ثبوت حقه في الضمان النزول عن ذلك الضمان لأن حقه في الضمان في هذه الحالة لا يتعلق بالنظام العام، وقد يكون هذا النزول صريحاً أو ضمنياً كأن يدفع صاحب العمل للمهندس أو المقاول أجره دون تحفظ[175].

كما أنه من الممكن أن يتهدم جزء من البناء ويظهر في الجزء الباقي عيب عندها يرجع صاحب العمل بالضمان بالنسبة للتهدم ولا يرجع بالضمان بالنسبة للعيب، فهنا يكون النزول جزئياً[176].

بقيت مسألة أخيرة في هذا الفرع ألا وهي مدى سلطة القاضي في التمسك بانقضاء مدة الضمان إذا لم يتمسك بها المدين به.

الأصل أنه يترتب على اعتبار الضمان من النظام العام أن المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها دون حاجة لإثارته من قبل الخصوم لكن بعد تحقق سبب الضمان وانقضاء مدة العشر سنوات "مدة الضمان" فهل للمحكمة أن تقضي بانقضاء الضمان إذا لم يتمسك به المدين؟.

علمنا سابقاً[177] أن مدة الضمان هي مدة سقوط وليست تقادم، أي بانقضائها يسقط حق صاحب العمل في الرجوع على المقاول أو المهندس بما يحصل من تهدم كلي أو جزئي أو ظهور عيب يهدد سلامة البناء وما دام تحقق سبب الضمان فإننا نكون قد انتقلنا من حماية المصلحة العامة والخاصة إلى حماية المصلحة الخاصة بصاحب العمل لأنه علم بحصول التهدم أو ظهور العيب وعندها - كما سبق وقد أشرنا - يكون من حقه النزول عن الضمان.

---

(174) يسن، المرجع السابق، ص335.

(175)السنهوري، المرجع السابق، بند76، ص143؛ يسن، المرجع السابق، ص335؛ العمروسي، المرجع السابق، ص55؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص131 -132؛ شنب، المرجع السابق، بند 120، ص186 -187؛ السرحان، المرجع السابق، ص60.

(176)السنهوري، المرجع السابق، بند76، ص143؛ العمروسي، المرجع السابق، ص56؛ طلبة، المرجع السابق، ص811.

(177)أنظر، ص51.

فإذا ما انقضت مدة الضمان بعد تحقق سببه ورفع بعدها صاحب العمل دعوى مطالباً بحقه في الضمان، ففي هذه الحالة فإن الرأي الراجح هو أنه يجب التفرقة بين ما إذا كانت مدة السقوط للمصلحة العامة أم للمصلحة الخاصة. فإذا كانت للمصلحة العامة فإن على المحكمة أن تقضي به من لقاء نفسها أما إذا كانت المدة مقررة للمصلحة الخاصة فإنه يجب هنا إثارته من قبل صاحب المصلحة ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها(178).

وهنا في هذا الوضع نكون أمام مصلحة خاصة هي مصلحة المقاول أو المهندس وهو المدعى عليه بالحق في الضمان، وبالتالي عليه هو أن يدفع بانقضاء مدة الضمان لأن الحكم بالسقوط هنا سوف يبرئ ذمة المدعى عليه من الالتزام بالتعويض والمستفيد في هذه الحالة هو المقاول وعليه أن يدفع به، ويمتنع على القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه(179).

3.2.3.1 النظام القانوني لمدة الضمان العشري

سوف نعالج في هذا الجزء ثلاث نقاط: أولها كيفية سريان مدة الضمان وثانيها الوقت الذي تنتهي فيه مدة الضمان وثالثها حالة تخلف شرط أو أكثر من شروط الضمان.

1.3.2.3.1 كيفية سريان مدة الضمان

لقد لاحظنا عند دراسة التسلم أن من آثار تسلم صاحب العمل للبناء هو بدء سريان مدة الضمان العشري(180) وذلك بمقتضى صريح نص المادة (3/788) من القانون المدني الأردني.

والآن سوف يتم دراسة هذا الجزء من خلال تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان بالإضافة إلى إثبات تاريخ التسلم.

---

(178) سلطان، المرجع السابق، بند 494، ص446؛ غانم، المرجع السابق، بند 292، ص457؛ يسن، المرجع السابق، ص337.

(179) سرور، المرجع السابق، بند 242، ص266 267؛ يسن، المرجع السابق، ص337.

(180)راجع فيما سبق، ص 42 -43

أولاً: تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان

يلاحظ على القانون الأردني أنه قد أخذ بفكرة تسلم البناء معياراً لتحديد تاريخ بدء مدة الضمان العشري.

وتاريخ التسلم يثبت عادة في محضر التسليم والتسلم الذي يكون بين المقاول والمهندس وبين صاحب العمل أو من ينوب عنه[181] عندها تبدأ مدة الضمان بالسريان من تاريخ تحرير محضر الاستلام، وتاريخ التسلم هذا لا يثير خلافاً إذا كان صريحاً حيث أنه يثبت في محضر الاستلام.

أما في حالة التسلم الضمني كالاستيلاء على العمل واستعمال البناء مدة طويلة أو تأجيره للغير، فإنه في هذه الحالة يمكن استخلاص تقبل صاحب العمل إذا لم يبد أي تحفظ، وفي هذه الحالة فإن المدة تحسب من تاريخ هذا الاستلام.

ويمكن إثبات أن صاحب العمل قد تقبل العمل دون إبداء أي تحفظ بجميع طرق الإثبات، بما في ذلك البينة والقرائن لأن واقعة وضع اليد واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات[182].

أيضاً من هذه القرائن تاريخ تسوية الحسابات التي يقدمها المقاول لصاحب العمل إذا كان مفوضاً بذلك من قبل صاحب العمل[183]. إذاً تسري مدة الضمان الممنوحة لصاحب العمل من اليوم الذي يكون قد تم فيه تسلم العمل مقبولاً من صاحب العمل سواء كان التسلم صريحاً أو ضمنياً.

ثانياً: عبء إثبات تاريخ بدء سريان مدة الضمان

---

(181)شنب، المرجع السابق، بند 109، ص166؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص122.

(182)المومني، المرجع السابق، ص257؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص123؛ شنب، المرجع السابق، بند 109، ص167؛ الأودن، المرجع السابق، ص24.

(183) يسن، المرجع السابق، ص348؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص282؛ شنب، المرجع السابق، بند 109، ص167.

حسب القواعد العامة فإن عبء إثبات تاريخ تسلم البناء يقع على من يدعي الاستفادة من ثبوته وهو عادة صاحب العمل[184].

فعلى صاحب العمل إثبات أن سبب الضمان قد قام خلال مدة الضمان، هذا ويقع عبء إثبات تاريخ التسلم على عاتق صاحب العمل لأنه المستفيد من تطبيق أحكام هذا الضمان وهو المدعى به.

ومع ذلك فقد يكون المقاول أو المقاول هو المستفيد من هذا الإثبات، وذلك في حالة أن أياً منهما يريد اقتضاء باقي حقه من الأجر، عندها عليه إثبات أن صاحب العمل قد تسلمه واثبات تاريخ هذا التسليم، لأنه بدون هذا الإثبات لا يستطيع أن يطالب بباقي الأجر[185].

فضلاً عن ذلك، فإن المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي يعتبرون من الغير بالنسبة لصاحب العمل، لذلك فإن لهم أن يثبتوا أن صاحب العمل قد تسلم العمل واثبات تاريخ هذا التسلم، كي يقتضوا باقي حقوقهم بدعوى غير مباشرة من صاحب العمل[186].

لقد علمنا أن التسلم لا يثير خلافاً في تحديد بدء سريان مدة الضمان إذا كان صريحاً؛ إذ جرت العادة أن يثبت هذه الواقعة بمحضر التسليم والتسلم يوقع عليه الجانبان، بالتالي الاعتداد بهذا الوقت أكثر يسراً وأشد انضباطاً ودقة.

إذاً ليس هناك مآخذ على الاعتداد بالتسلم لبدء سريان مدة الضمان سوى مسألة الامتناع غير المشروع لصاحب العمل عن تسلم البناء بعد الانتهاء من تنفيذه. فالأصل أن عقد المقاولة ملزم للجانبين، فكما أنه يرتب التزامات في ذمة المقاول، فإنه أيضاً يرتب في ذمة صاحب العمل التزامات أخرى منها تسلم البناء بعد الانتهاء منه فإذا ما امتنع صاحب العمل عن قبوله وتسلمه دون سبب مشروع

---

(184)السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص123؛ الدوري، المرجع السابق، ص 215؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 61، ص 156؛ شنب، المرجع السابق، بند 109، ص167؛ الأودن، المرجع السابق، ص23 -24.

(185) يسن، المرجع السابق، ص351

(186)المرجع نفسه.

رغم دعوته إلى ذلك وإنذاره بالتسلم بشكل رسمي، فإنه يعتبر قد تسلم العمل[187] وبالتالي تبدأ مدة الضمان بالسريان[188].

أما في حالة التسلم المزدوج؛ أي تسلم العمل على مرحلتين، حيث هناك المرحلة الأولى وهي التسلم المؤقت وذلك حتى يتم تمكين صاحب العمل من فحص البناء ومعاينته للتأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها، وعادة يتم ذلك في المقاولات الكبرى كبناء المطارات والمستشفيات ومحطات الحافلات، وهذا التسلم المؤقت لا يفيد القبول[189].

وحيث أنه عند انتهاء مدة التسلم المؤقت يصبح التسلم نهائياً، وينعقد إجماع الفقه على الاعتداد بالتسلم النهائي في تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان لأنه هو الذي يفيد قبول صاحب العمل للبناء[190].

ومن وجهة نظرنا فإن التسلم الذي يعتد به هو باكتمال عنصريه - كما ذكرنا سابقاً - المادي والإرادي، بالتالي لا يكتمل العنصر الإرادي إلى جانب المادي إلا بالتسلم النهائي الذي يفيد قبول صاحب العمل به، بالتالي هو الذي يعتد به في تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان.

أما بالنسبة لمسألة التسلم على دفعات، فإن الوقت الذي يعتد به هو تاريخ تسلم الدفعة الأخيرة كتاريخ لبدء سريان مدة الضمان وذلك إذا كان العمل لا يمكن تجزئته، ولا يوجد شرط مانع في العقد. أما في حالة إمكانية تجزئته فإن مدة

---

(187)السرحان، المرجع السابق، ص61.

(188)السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص122؛ سرور، المرجع السابق، بند 235، ص262؛ أبو علم، المرجع السابق، ص32؛ شنب، المرجع السابق، بند 109، ص168؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص87؛ الدوري، المرجع السابق، ص222.

(189)بلال، المرجع السابق، ص182؛ يسن، المرجع السابق، 241.

(190)السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص122؛ الدوري، المرجع السابق، ص23؛ عنبر، المرجع السابق، ص101، ياقوت، المرجع السابق، بند 62، ص156؛ سرور، المرجع السابق، بند 229 ص254، 135؛ منصور، المسؤولية المعمارية، ص87؛ يسن، المرجع السابق، ص358؛ السرحان، المرجع السابق، ص 60؛اليعقوب، المرجع السابق، ص283 -284؛ بلال، المرجع السابق، ص182 - 183.

الضمان تبدأ بالسريان بالنسبة لكل دفعة على حده من تاريخ تسلم هذه الدفعة، وهذا هو الرأي الغالب[191].

كما أن هناك رأياً آخر قال به بعض الفقه[192] وهو الاعتداد بتسلم آخر دفعة من الأعمال لأن الاستلام النهائي لا يحصل إلا بعد الاستلام الأخير لهذه الدفعات.

ويبدو لنا أنه إذا أمكن تجزئة العمل محل عقد المقاولة وكان التسليم بحسب ما تم إنجازه، فإن تاريخ تسلم كل دفعة على حده هو الذي يعتد به لتحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان بالنسبة لتلك الدفعة، أما إذا كان ليس بالإمكان تجزئة العمل فإن تسلم آخر دفعة هو الذي يعتد به لتحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان.

وقد يحدث بعد بدء سريان مدة الضمان تهدم كلي أو جزئي في البناء، أو يظهر فيه عيب يدخل في نطاق الضمان فيقوم المقاول عندها بإعادة بناء ما تهدم أو إصلاح العيب، في هذه الحالة تسري مدة الضمان بالنسبة إلى أعمال الإصلاح الجديدة بدءاً من تاريخ تسلم أعمال الإصلاح هذه وتقبلها من قبل صاحب العمل وليس من تاريخ تقبل الأعمال الأصلية وهذا هو الرأي الغالب من الفقه[193].

فإذا لم يكن من الممكن التمييز بين الأعمال الأصلية وأعمال الإصلاح الجديدة قبل انتهاء مدة الضمان، فإن مدة الضمان الجديدة تبدأ من تاريخ إتمام الأعمال الجديدة شاملة هذه المدة الأعمال القديمة والأعمال الجديدة على السواء[194].

---

(191)شنب، المرجع السابق، بند 109، ص168 -169؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص122 الدوري، المرجع السابق، ص288؛ عنبر، المرجع السابق، بند 194، ص203؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 63، ص159؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص87؛ السرحان، المرجع السابق، 41؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص283.

(192)مصطفى أبو علم، المرجع السابق، ص32، عبد الرازق يسن، المرجع السابق، ص354؛ مغبغب، نعيم، عقود البناء الأشغال الخاصة والعامة، 1997، ص144.

(193)شنب، المرجع السابق، بند 109، ص168 -169؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص132 ياقوت، ناجي، المرجع السابق، بند 63، ص160؛ سرور، المرجع السابق، بند 390، ص264 -265 السرحان، المرجع السابق، ص62؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص285

(194)اليعقوب، المرجع السابق، ص285؛ شنب، المرجع السابق، بند 109، ص169؛ السرحان، المرجع السابق، ص62.

2.3.2.3.1 متى تنتهي مدة الضمان

إن مسألة انقضاء مدة الضمان العشري لا تثير خلافاً، حيث أوضحنا فيما سبق كيف أن مدة الضمان العشري تبدأ بالسريان من تاريخ تسلم البناء وهذا ما نصت عليه المادة (788) من القانون المدني الأردني ومدة الضمان هذه هي عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء. بالتالي تنتهي بانتهاء العشر سنوات.

وتحسب هذه المدة حسب القواعد العامة بالتقويم الشمسي وفقاً لنص المـــادة (10) من القانون المدني الأردني، كما أنها تحسب بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتنتهي المدة بانقضاء اليوم الأخير[(195)].

وبانقضاء هذه المدة تبرأ ذمة كل من المقـاول والمهنـدس مـن دعـوى المسئولية العشرية. وعليه فإن عبء إثبات انقضاء المدة يقع على عاتق كل مـن المقاول والمهندس لأنهما المستفيدان من انقضائها ولا يختص قاضي الموضـوع بإثارته من تلقاء نفسه بل لا بد أن يتمسك بانقضائها كل منهما[(196)].

لكن بعد انقضاء المدة هل يحق لصاحب العمل أن يرجع علـى كـل مـن المقاول والمهندس؟.

الأصل أنه بانقضاء مدة الضمان العشري تبرأ ذمـة كـل مـن المقـاول والمقاول من المسؤولية بشرط عدم حدوث تهدم كلي أو جزئي أو ظهـور عيـب

---

(195)نصت المادة (256) من القانون المدني الأردني على أنه " تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالأيام ولا يحسب اليوم الأول منها وتكمل بانقضاء آخر يوم منها إلا إذا كان عطلة رسمية فإنه يمتد إلى اليوم التالي"؛ أيضاً المادة (23) بفقرتها الثانية من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24، لسنة 1988 والتي نصت على أنه " تحسب المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك. وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها". هذا القانون منشور على الصفحة 735 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3545، بتاريخ 1988/4/2.

(196)اليعقوب، المرجع السابق، ص285؛يسن، المرجع السابق، ص376 -378؛ سرور، المرجع الـسابق، بند 242، ص266.

يهدد سلامة البناء أو متانته خلال مدة الضمان. وعليه فلا يحق لصاحب العمل الرجوع عليهما بعد بانقضاء مدة العشر سنوات.

وهذه النقطة تثير ثلاث مسائل هي: مسألة التزام صاحب العمل بوصفه حارساً للبناء بتعويض من أصابه ضرر من تهدم البناء أو ظهور عيب فيه.
والمسألة الثانية هي إذا ما انكشف العيب أو ظهر بعد انقضاء مدة الضمان العشري مع العلم أنه كان موجوداً أثناء مدة الضمان، والمسألة الثالثة هي حالة استعمال كل من المقاول أو المهندس طرقاً احتيالية لحمل صاحب العمل على قبوله بالرغم من وجود العيب فيه. فهل يحق لصاحب العمل في الحالات الثلاث السابقة الرجوع على كل من المقاول أو المهندس بالضمان حتى بعد انتهاء مدة العشر سنوات.

أما بالنسبة للمسألة الأولى وهي في حالة أن صاحب العمل التزم بوصفه حارس للبناء بتعويض الغير عما أصابه من ضرر، ففي هذه الحالة هل يصح له الرجوع على المقاول أو المهندس عما دفعه للغير حتى لو مضى على تسلم البناء عشر سنوات.

حسب رأي الفقه فإنه لا يستطيع صاحب العمل الرجوع على المقاول أو المهندس بالضمان ما دام أن مدة العشر سنوات قد انقضت حتى لو ثبت خطؤهما أو عمدهما فيما ارتكباه من مخالفات لشروط العقد[197].

وأسس الفقه هذا الرأي على أساس أن المسئولية العشرية في ذاتها طويلة فإذا ما سمح لصاحب العمل بالرجوع فإن ذلك سيطيل مدة الضمان إلى زمن غير محدد وبالتالي يكون عبئاً ثقيلاً على المقاولين والمهندسين[198].

بالإضافة إلى ما سبق، فإن صاحب العمل عندما دفع تعويضاً للغير عن الأضرار الحاصلة كان ذلك مقابل عدم قيامه بواجبه بحراسة البناء والتي انتقلت إليه بتسلمه للعمل كأثر من آثار التسلم للبناء، كما أن هذه المدة هي مدة سقوط أي

---

(197)السرحان، المرجع السابق، ص62؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص122؛ عنبر، المرجع السابق، بند 164، ص202-203؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 66، من 162؛ الدوري، المرجع السابق، ص237-239.

(198) يسن، المرجع السابق، ص381؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 67، ص163.

بانقضائها يسقط حق صاحب العمل بالرجوع عليهما وبالمقابل تبرأ ذمة كل منهما عن كل ما يحدث في البناء من تهدم أو ظهور عيب فيه[199].

ومع ذلك فإن بعض الفقه يذهب إلى أن أساس رجوع صاحب العمل على المقاول والمهندس هو المسؤولية التقصيرية التي تترتب على عاتق المقاول تجاه الغير حيث يحل صاحب العمل محل المضرور للمطالبة بالتعويض تجاه المقاول[200].

كما يثور التساؤل أيضاً حول مدى أحقية صاحب العمل بالرجوع بسبب العيب الذي كان موجوداً أثناء فترة الضمان لكنه ظهر أو انكشف بعد انقضائها.

فقد ذهب بعض الفقه[201] إلى أن مجرد وجود العيب أثناء مدة الضمان كاف لقيام مسؤولية كل من والمقاول والمهندس حتى لو لم ينكشف العيب إلا بعد انقضاء مدة الضمان العشري، طالما استطاع أن يثبت وجود العيب أثناء مدة الضمان ولعل هذا ما يفهم من صريح نص المادة (788) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها :"... عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي ... وعن كل عيب ...".

وبالتالي فإن كلاً من المقاول والمهندس مسؤولان تجاه صاحب العمل عما يحدث في البناء من عيب أثناء فترة العشر سنوات، سواء تم اكتشاف العيب أثناء تلك المدة أو بعدها[202].

لكن البعض الآخر من الفقه يرى أنه يجب أن يحدث العيب ويكتشف أثناء فترة الضمان، حتى يحق لصاحب العمل الرجوع به، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إطالة مدة الضمان حيث ترتبط هذه المدة بضرورة اكتشاف العيب[203].

---

(199)مغبغب، المرجع السابق، ص 126 -145.

(200)شنب، المرجع السابق، بند 110، ص170 -171؛ يسن، المرجع السابق، ص379 -380.

(201)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 67، ص122؛ شنب، المرجع السابق، بند 19، ص169.

(202)السرحان، المرجع السابق، ص62؛ المومني، المرجع السابق، ص259؛ شنب، المرجع السابق، بند 10، ص169؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص122؛ سرور، المرجع السابق، بند 238 ص264.

(203) يسن، المرجع السابق، ص385 -38؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 67، ص163.

والحكمة من ذلك هي أن المشرع قد قدّر أن مدة العشر سنوات كافية لحدوث التهدم أو ظهور العيب، فإذا ما انقضت تلك المدة دون ظهور عيب يهدد سلامة البناء فإنه يسقط بالمقابل حق صاحب العمل بالرجوع عليهما حتى لو كان العيب موجوداً خلال تلك المدة[204].

وأخيراً قد يستعمل المقاول والمهندس سواء منفردين أو متضامنين طرقاً احتيالية لحمل صاحب العمل على قبول البناء بالرغم من وجود العيب فيه وذلك دون معرفة صاحب العمل أو كشفه لتلك العيوب المتضمنة للبناء.

ويكون عادة الغش أثناء عملية تسلم البناء فإذا ما كشف صاحب العمل وجود العيب في البناء أو الغش أثناء فترة الضمان العشري فلا مشكلة هنا، حيث يستطيع صاحب العمل استعمال حقه في الرجوع بالضمان خلال سنه من وقت حصول العيب أو اكتشافه وفقاً لنص المادة (791) من القانون المدني الأردني وليس بحاجة هنا إلى إثبات وجود الغش في البناء.

لكن في حالة أن انقضت مدة الضمان العشري وكشف بعدها صاحب العمل وجود عيب في البناء ناتج عن غش ارتكبه المقاول أو المهندس، فإن على صاحب العمل في هذه الحالة إثبات أن طرقاً احتيالية قد قام بها أي منهما لحمله على قبول العمل دون أن يعلم بوجود عيب فيه، ويترتب على إثبات الغش أنه يحق لصاحب العمل أن يباشر دعوى الضمان دون التقيد بمدة الضمان العشري، أي حتى لو وقع التهدم أو كشف العيب بعد انقضاء المدة وهذا الرأي الغالب في الفقه[205]. بالإضافة إلى أن الغش واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات الجائزة قانوناً.

3.3.2.3.1 حالة تخلف شرط أو اكثر من شروط الضمان العشري

حتى نستطيع أن نطبق أحكام الضمان العشري فلابد من تحقيق شروط معينة وهي كما سبقنا ودرسنا: ضرورة وجود عقد مقاولة، بالإضافة إلى حدوث

---

(204) ياقوت، المرجع السابق، بند 67، ص164.

(205) مرسي، المرجع السابق، بند 602، ص507، ص62؛ أبو علم، المرجع السابق، ص32؛ شنب، المرجع السابق، بند 110، ص170؛ السنهوري، المرجع السابق، بند67، ص124؛ الدوري، المرجع السابق، ص237، منصور، المسؤولية المعمارية، ص83؛ يسن، المرجع السابق، ص386 -389.

تسلم للبناء بعد الانتهاء منه، وأخيراً أن يحدث تهدم كلي أو جزئي أو ظهور عيب في البناء يهدد سلامته ومتانته وذلك خلال مدة الضمان العشري، فإذا ما تحققت هذه الشروط الثلاثة جميعها يحق لصاحب العمل عندها مطالبة المقاول والمهندس متضامنين بالضمان. لكن في حالة تخلف شرط أو أكثر من شروط هذه المسئولية كأن يظهر عيب ليس من شأنه تهديد سلامة البناء ومتانته، ففي هذه الحالة يمكن التعويض عن الضرر المترتب عن هذا العيب طبقاً للقواعد العامة وفقاً للمواد(363 364) من القانون المدني الأردني[206].

(206)حيث نصت المادة (363) على أنه " إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه" . أما المادة (364) فقد نصت على أنه " 1 - يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. 2 - ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب ؟أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك." أنظر في ذلك ربحي اليعقوب، المرجع السابق، ص289 -290.

الفصل الثاني

نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري

تمهيد:

إن أحكام الضمان العشري جاءت بصورة استثنائية وخروجاً على القواعد العامة، وذلك رغبةً من المشرع في التشديد من مسئولية كل من المقاول والمقاول في مواجهة صاحب العمل، لذلك فلا يجوز التوسع في هذه الأحكام أو القياس عليها بل يجب على القاضي أن يطبقها في الحدود المرسومة لها، وعليه فإن هذه الأحكام الخاصة لها نطاق معين سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الأضرار التي تشملها.

وللوقوف على هذه الأحكام سوف نتناولها في جزئيين اثنين: نتحدث في الجزء الأول عن نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص، وفي الجزء الثاني عن نطاق الضمان العشري من حيث الأضرار التي تشملها.

1.2 نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص

ما دمنا نتحدث هنا عن مسئولية أياً كان نوعها، فلا شك أن هناك جانبين لها وهما المستفيد من هذه المسئولية وهو الدائن، بالإضافة إلى المدين بها وهو الذي يتحمل عبئها.

1.1.2 الدائن بالضمان

لاشك أن المستفيد الأول من الضمان العشري هو صاحب العمل؛ لأنه هو الذي يصاب بالضرر الناتج عن تهدم البناء أو ظهور عيب جسيم فيه، فهو الذي يرتبط مع المقاول بعقد المقاولة وإليه تنصرف آثار العقد مباشرة سواء كانت في صالحه أم لا، ومع ذلك قد ينتقل هذا المال من صاحب العمل إلى أي شخص آخر وذلك بطرق الاستخلاف المعروفة، كبيعه لشخص آخر مثلاً. إذاً هناك أشخاص آخرون غير صاحب العمل يمكن لهم المطالبة بالضمان قبل المقاول والمهندس وهم الخلف العام والخلف الخاص وأخيراً دائن صاحب العمل.

لذلك سوف نحاول دراسة الأشخاص المستفيدين من هذا الضمان كلٍ علـــى حده.

1.1.1.2 صاحب العمل والخلف العام

من المؤكد أن صاحب العمل وخلفه العام هم الأشخاص المستفيدون بدايـــةً من أحكام الضمان الخاص، لذلك سوف نحاول - بقدر المــستطاع - دراســـة كـــل منهما ضمن هذا الفرع.

أولاً: صاحب العمل

إن الضمان العشري مقرر أساساً لمصلحة صاحب العمل[207]، فهو المتعاقد مع المقاول أو المهندس الذي تعينت مسئوليته، وهو الذي يصاب عادة بالضرر من جراء تهدم البناء أو من جراء ظهور عيب في المنشآت يهدد سلامتها ومتانتها[208] فيرجع بالضمان الخاص على المقاول أو على المهندس أو عليهما معاً[209].

وتثبت هذه الدعوى لصاحب العمل سواء تم التعاقد مباشرة بينه وبين كـــل من المقاول والمهندس، أم بواسطة وكيل ينوب عنه سواء أكانت الوكالة صـــريحة أم ضمنية[210].

وهذا ما ورد النص عليه صراحة في الفقرة الأولى من المادة (788) مـــن القانون المدني الأردني بقولها: "ودعوى الضمان تعتبر أثراً من آثار عقد المقاولة".

لذلك تنصرف إليه آثار العقد سواء كانت في صالحه أم لا باعتباره طرف في هذا العقد وهذه الدعوى هي أثر من آثار عقد المقاولة.

لذلك ليس شرطاً أن يكون صاحب العمل مالكاً للأرض التي يقام عليه البناء فقد تكون له أو تكون مملوكة لغيره[211].

---

(207) سرور، المرجع السابق، بند 171، ص197.

(208)ياقوت، المرجع السابق، ص73.

(209)السنهوري، المرجع السابق، بند 63، ص111.

(210)يسن، المرجع السابق، ص753.

كما قد يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً كفرد معين، أو شخصاً معنوياً كالمؤسسات العامة والدوائر الحكومية والجمعيات، وقد يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص كالشركة المدنية أو التجارية، أو شخصاً من أشخاص القانون العام كالدولة أو هيئة عامة[212].

والحكمة من جعل صاحب العمل هو المستفيد الأول من أحكام الضمان العشري تكمن في أنه هو الطرف الآخر في عقد المقاولة وهو الذي تتم هذه العملية لحسابه وتنصرف بالتالي آثار هذا العقد إليه[213].

وعليه فإنه حالة حدوث تهدم في البناء أو ظهور عيب فيه يجعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله إنما يترتب على ذلك أضرار بالغة تلحق بصاحب العمل. لذلك كان من العدل جعله المستفيد الأساسي من أحكام هذا الضمان، ومع ذلك فقد يفقد صاحب العمل صفته هذه عند التسليم النهائي للبناء وذلك في حالة أن تتولى وزارة أو هيئة التعاقد مع مقاول معين لاقامة مساكن شعبية أو قيام جمعيات تعاونية بإقامة مبان لحساب أعضائها، ففي هذه الحالة تعتبر هذه المباني عند التسليم النهائي من حق ملاكها وهم الذين لهم الحق برفع دعوى الضمان باعتبارهم صاحب العمل[214].

وعندها يفقد صاحب العمل صفته هذه بالتالي لا يستطيع رفع دعوى الضمان المقررة بنص القانون تجاه المقاول والمهندس، وذلك في حالة أن يبيع العقار لغيره، أو يتنازل عنه لغيره [215].

ومن جهة أخرى، قد نكون أمام حالة تسمى باتحاد الملاك حيث يتولى الإتحاد الدعوى سواء كان التهدم أو العيب في الأجزاء المشتركة أم في جزء

---

(211)السنهوري، المسؤولية المعمارية، الوسيط، ج9، بند 109 -114، ص273 -414؛ يسن، المرجع السابق، ص573.

(212)المومني، المرجع السابق، ص221 -222؛ يسن، المرجع السابق، ص574.

(213) ياقوت، المرجع السابق، ص73؛ منصور، المرجع السابق، ص84.

(214)سرور، المرجع السابق، بند 173، ص197 -198؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص83.

(215) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص84.

خاص بأحد الملاك، لكن ذلك لا يمنع المالك من ممارسة الدعوى بنفسه[216] ولا تزول عنه هذه الصفة في حالة إذا ما نزل عن جزء شائع من العقار، حيث تبقى ملكيته لهذا الجزء ويحق له رفع دعوى الضمان إذا ما توافرت جميع شروطها.

أما إذا كان ذلك الجزء مفرزاً عن العقار فإن صفته كصاحب عمل تزول بالنسبة لذلك الجزء المفرز، وهذا تطبيق للقواعد العامة في الملكية على الشيوع[217].

كما تجدر الإشارة أخيراً إلى الحالة التي يتعاقد فيها المقاول مع مقاول ثانٍ: ففي هذه الحالة فإن المقاول الأول يعتبر صاحب عمل بالنسبة للمقاول الثاني[218] ومع ذلك تبقى مسئولية المقاول الأصلي قائمة تجاه صاحب العمل[219].

وعليه فإذا ما تسلم المقاول الأصلي البناء وحدث بعد ذلك تهدم كلي أو جزئي، أو ظهر فيه عيب يهدد متانته فإن المقاول الثاني لا يلتزم بأحكام الضمان العشري المنصوص عليها في المادة (788) من القانون المدني تجاه المقاول الأصلي.

والحكمة من ذلك، أن المفهوم الحقيقي لصاحب العمل هو الذي يقام البناء لحسابه، أو المالك الحقيقي لذلك البناء أو المنشأ الذي تم تشييده. ومن هنا فإن فالمقاول الأصلي ليس مالكاً للبناء، إنما ممكن أن يعهد إلى مقاول ثان بتنفيذ ما عهد إليه كلياً أو جزئياً، وعندها إذا ما حدث تهدم أو ظهر عيب في البناء لا يستطيع الرجوع بدعوى الضمان على المقاول الثاني[220]، ولا يلتزم هذا الأخير تجاه المقاول الأصلي إلا بما تقضي به القواعد العامة.

فضلاً عن ذلك، فإن أحكام الضمان العشري إنما شرعت لحماية صاحب العمل الذي غالباً هو رجل عادي لا يكون على درجة من معرفة وخبرة كل من المقاول والمهندس، وهذا لا ينطبق على المقاول الأصلي في حالة تعاقده مع مقاول

---

(216)أنظر بالتفصيل عبد الرازق يسن، المرجع السابق، ص576 -577.

(217)السنهوري، ج8، حق الملكية، بند 488، ص804 809؛ يسن، المرجع السابق،ص578 - 579.

(218)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 63، ص111؛ ياقوت، المرجع السابق، ص74؛ سرور، المرجع السابق، بند 174، ص199.

(219)المادة (78) من القانون المدني الأردني بفقرتيها.

(220) يسن، المرجع السابق، ص580.

ثانٍ حيث يتساوى كل منهما من الناحية الفنية[221] إذاً التبرير في عدم الخبرة لا وجود له بالنسبة للعقد الذي يكون كل طرف فيه يتمتع بالخبرة والكفاءة الفنية.

والقانون المدني الأردني عندما تعرض لمسألة الضمان العشري[222] لم يتعرض لهذه المسألة بصراحة، لكن يفهم من نص المادة (788) والمادة (798) في فقرتها الثانية أن علاقة الضمان هذه محصورة النطاق بين صاحب العمل والمقاول الأصلي والمهندس، أما علاقة المقاول الأصلي مع الثاني فنرجع بها إلى المادتين (798) و(799) من القانون التي حددت طبيعة علاقتهما.

من جهة أخرى فإن المادة (798) في فقرتها الثانية أبقت مسئولية المقاول الأصلي قائمة تجاه صاحب العمل، وهذا يدل على أن هذه الأحكام إنما شرعت لمصلحة صاحب العمل الذي لا يمكن اعتباره في مستوى المقاول والمهندس من الناحية الفنية أو غير عالم بفن البناء.

ثانياً: الخلف العام

تنص المادة (206) من القانون المدني الأردني على "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام...". ومقتضى هذا النص أن الحقوق التي يرتبها العقد لصالح صاحب العمل تنتقل بعد موته إلى الخلف العام[223] وهم الورثة.

فإذا كان الحق في الضمان العشري هو أهم الحقوق التي يرتبها عقد المقاولة لصاحب العمل، فإن من حق خلفه أيضاً المطالبة بهذا الضمان - في حال تحقق سببه - بعد وفاته، فإذا ما توفي صاحب العمل انتقلت ملكية العقار بما لها من حقوق من ذمة صاحب العمل إلى ذمة خلفه، وعليه فإذا حدث تهدم في البناء أو

---

(221)شنب، المرجع السابق، بند 106، ص161، 162، السنهوري، المرجع السابق، بند 63، ص111 - 112، بند 22، ص211 320؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 27، ص 74؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 84؛ المومني، المرجع السابق، ص 22؛ قرة، المرجع السابق، ص 152.

(222)عكس القانون المدني المصري الذي تصدى لهذه المسألة صراحة في المادة (651) في فقرتها الرابعة حيث قضت بأن هذه المسؤولية لا تسري على ما يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن.

(223)الخلف العام: هو من خلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات. أنظر بالتفصيل السنهوري الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 344، ص540 -541.

ظهر فيه عيب يهدد متانته وسلامته فإنه يحق لخلفه مباشرة دعوى الضمان العشري، وهذا ما أجمع عليه الفقه[224].

وفي عجز المادة هناك استثناءات، وهي أن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام في حالة تبين ذلك صراحة من العقد أو ضمناً، أو من طبيعة التعامل أو من نص في القانون. لكن هذه الأستثناءات لا محل لها هنا وذلك لأنه لو أخذنا بها لأمكنا الإعفاء من الضمان ذاته. وهذا يتعارض مع نص المادة (790) من القانون المدني الأردني الذي يبطل كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه.

2.1.1.2 الخلف الخاص

سبق وأن ذكرنا أن المستفيد الأول من الضمان العشري هو صاحب العمل وهو الشخص الذي خوله القانون الحق برفع دعوى الضمان في حالة حدوث تهدم في البناء أو ظهور عيب يهدد سلامته ومتانته وذلك خلال مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء، ومع ذلك فقد يبيع صاحب العمل البناء أو المنشأ خلال مدة الضمان إلى شخص آخر، عندها يفقد صفته كصاحب عمل ولا يمكنه بعد ذلك التمسك بالضمان إذا حدث التهدم أو العيب في البناء خلال مدة الضمان، بل ينتقل هذا الحق إلى المشتري بوصفه خلفاً خاصاً[225]، وذلك طبقاً لقواعد الاستخلاف الخاص في القانون المدني الأردني.

وتأسيساً عمَّا سبق، سوف يتم عرض هذا الفرع - بنوع من الإيجاز وتوخياً للقصد - من حيث أساس انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري في بند أول، ثم الآثار المترتبة على هذا الانتقال في بند ثانٍ.

---

(224)شنب، المرجع السابق، بند 106، ص161، السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 63، ص111 عنبر، المرجع السابق، بند 162، ص195؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 28، ص75 -78؛ المومني، المرجع السابق، ص22.

(225)الخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها أو حق شخصي، كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة، والموصى له بعين في التركة والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع والمحال له يخلف المحيل في الحق المحال به. أنظر في ذلك السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بند 344، ص596، بند 350، ص605.

1.2.1.1.2 أساس انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري.

قدمنا أن الضمان العشري ينتقل إلى المشتري وفقاً لقواعد الاستخلاف الخاص في القانون مع عدم وجود نص خاص ضمن أحكام عقد المقاولة والأحكام الخاصة بالضمان العشري وذلك اكتفاء بالرجوع إلى الأحكام العامة بالاستخلاف.

وعليه تنص المادة (207) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وقد أجمع الفقه على انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه المال ذاته إليه(226).

إذاً العقود التي يبرمها السلف قبل الاستخلاف إذا كانت متعلقة بذات المال المستخلف فيه، ومن شأنها أن تولد حقوقاً أو التزامات متصلة بذات المال، تنتقل بالنتيجة من السلف إلى الخلف(227).

ولما كان الضمان العشري مقرر بغرض الحيلولة دون حدوث تهدم في البناء أو ظهور عيب فيه يهدد متانته وسلامته، فإن القصد من وراء ذلك هو تحقيق المصلحة العامة إلى جانب المصلحة الخاصة وهو من الحقوق المتعلقة بالملكية ذاتها.

لكل الاعتبارات السابقة لا ينقضي حق الضمان العشري بتصرف صاحب العمل في البناء أو المنشأ، بل ينتقل إلى المشتري تبعاً لانتقال الملكية، ويحق له بالتالي الاحتجاج بدعوى الضمان خلال مدته في مواجهة المهندس أو المقاول.

وهذا الحق بالرجوع بالضمان العشري إنما يعتبر من مستلزمات وملحقات المبيع التي تنتقل معه إلى المشتري دون حاجة لاشتراطه في العقد، ولو كان

---

(226) يسن، المرجع السابق، ص594؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 28، ص76؛ السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 63، ص111؛ شنب، المرجع السابق، بند 106، ص161؛ الشهاوي، المرجع السابق، بند 106، ص158؛ المومني، المرجع السابق، ص221.

(227) الزقرد، أحمد سعيد، دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، 1998، ص512.

السبب الذي انتقلت به الملكية لا يلزم الناقل بالضمان ما لم يتفق على تغير ذلك وقت انتقال الملكية(228) كعقد الهبة إذ يستطيع الموهوب له أن يرجع على المقاول أو المهندس بالضمان حتى لو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على الواهب(229) لأن دعوى الضمان انتقلت إليه مع العقار.

كما أنه من الناحية العملية فإن مدة الضمان هي مدة اختبار لمتانة البناء وخلوه من العيوب التي قد تعرضه للخطر، لذلك فإن المالك الحالي هو الذي يستطيع أن يجري هذا الاختبار(230) .

كما يجوز للمشتري أن يرجع على البائع (صاحب العمل) بضمان العيب وفي هذه الحالة فإن للبائع أن يرجع على المقاول أو المهندس بالضمان، وله أيضاً أن يدخلهما متضامنين في دعوى ضمان العيب التي يرفعها المشتري(231).

وخلاصة القول أن للمشتري دعويان: إحداهما دعوى ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع وذلك ضد البائع، ودعوى ضد المقاول والمهندس وذلك طبقاً للأحكام الخاصة بالضمان العشري.

وإذا كان المشتري له الحق بالتمسك في الضمان العشري تجاه المقاول أو المهندس إلا أنه لا يجوز له التمسك بأحكام المسئولية التقصيرية، حيث تغلق أمامه طريق الدعوى الأولى، لأنه لا يجوز الجمع بين المسئوليتين(232) وفي جميع الأحوال إن كل ما يحصل عليه المشتري من تعويض في حال أقام الدعويين، لن يتجاوز مقدار الضرر الذي أصابه من جراء حدوث التهدم أو ظهور العيب بالعقار(233).

---

(228)أبو علم، المرجع السابق، ص27 -29؛ شنب، المرجع السابق، بند 106، ص161؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 28، ص77.

(229)المومني، المرجع السابق، ص22؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص85.

(230) سرور، المرجع السابق، بند 176، ص202.

(231)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 63، ص111؛ المومني، المرجع السابق، ص221؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص85.

(232) يسن، المرجع السابق، ص602؛ الزقرد، المرجع السابق، بند 27، ص523، أيضاً أنظر بالتفصيل حول مسألة الخيار بين المسئوليتين: السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق،بند 51، ص858-862.

(233)عنبر، المرجع السابق، بند 162، ص195؛ سرور، المرجع السابق، بند 175، ص201.

بقي أن نشير إلى ثلاث حالات تطبيقية لمبدأ ارتبـاط الـضمان العـشري بملكية البناء المشيد، وانتقال الضمان إلى المشتري وهي حالة البيـع الإيجـاري وحالة ملكية الطبقات وأخيراً حالة البيوع المتتالية للعقار.

أولاً: حالة البيع الإيجاري، وهذه الصورة تتحقق في حالة أن يتفـق مالـك العقار مع المشتري المستأجر على أن ملكية العقار لا تنتقل إلى المشتري إلا بسداد آخر قسط من الثمن المتفق عليه(234)، فإذا ما حدث تهدم للبناء أو ظهر بـه عيـب خلال مدة العشر سنوات وهو ما زال يدفع الأقساط، ففي هذه الحالة لا تنتقل إلـى المشتري (المستأجر) ملكية العقار، لذلك لا يحق له الاستفادة من الضمان أو رفع دعوى الضمان.

أما إذا أصبح مالكاً للعقار بسداد آخر قسط له عند ظهور العيب الموجـب للضمان وقبل فوات المدة، عندها يجوز له الاستفادة من أحكام هذا الضمان لأنهـا انتقلت إليه مع انتقال الملكية(235).

كما أنه هناك حالة أخرى ألا وهي حالة (ملكية الطبقات والـشقق)، حيـث ينقسم العقار إلى نوعين من الملكية: ملكيات خاصة يختص بها الشركاء كل علـى قدر حصته، وملكية مشتركة بين كل الشركاء وذلك حسب قيمة الجزء الذي يملكه من العقار(236).

فعند حدوث ضرر أو ظهور عيب في البناء خلال مدة الـضمان المقـررة بنص القانون، فإن للملاك أو الاتحاد(237) أن يرفع دعوى الضمان فـي حالـة أن

---

(234) سرور، المرجع السابق، بند 180، ص205-206؛ يسن، المرجع السابق، ص605-607.

(235)سرور، المرجع السابق، بند 180، ص205-206

(236)المادة (1066 - 1067) من القانون المدني الأردني.

(237)حيث أجازت المادة (1075) من القانون المدني الأردني للملاك أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم لإدارتـه وضمان حسن الانتفاع به، ويخضع هذا الاتحاد في تأليفه ونظامه وإدارته وصلاحيته وما يتعلـق بـه لأحكام القوانين الخاصة بذلك. كذلك فقد نصت المادة (12) من قانون ملكية الطوابق والـشقق رقـم (25) لسنة 1968 على أنه "إذا تجاوز عدد الطوابق أو الشقق الأربعة في الأبنية المقيدة وفقاً لأحكـام هذا القانون فإن أصحابها حكماً جمعية فيما بينهم لإدارة العقار المشترك ويكون لهذه الجمعية الشخصية المعنوية....".

الضرر أصاب الأجزاء المشتركة في البناء، أما إذا كان الضرر سبب الضمان خاص بجزء من العقار فإن لمالك ذلك الجزء الحق في رفع هذه الدعوى[238].

أيضاً من الحالات التطبيقية حالة البيوع المتتالية للعقار. فقد انتهى بعض الفقه[239] إلى أن الدعوى التي يرفعها المشتري الأخير هي نفس الدعوى التي كان بإمكان المشتري الأول رفعها وهي دعوى الضمان الخاص، وذلك لأنها تعتبر من مستلزمات وملحقات المبيع.

وعليه فإن هذا الحق في الضمان ينتقل مع المبيع من البائع إلى المشتري إلى أن يصل إلى المشتري الأخير الذي من حقه الاستفادة من هذا الضمان إذا ما حدث تهدم في البناء أو ظهر به عيب يهدد سلامته ومتانته وذلك خلال مدته.

بقي أخيراً أن نشير إلى أن حق المشتري بالرجوع بالضمان على المقاول أو المهندس نتيجة الأضرار الناتجة عن التهدم يستند إلى حق صاحب العمل في الضمان الذي انتقل إلى المشتري بانتقال ملكية العقار المشمول بالضمان حتى لو لم ينص في عقد البيع على انتقال هذا الحق، فهي وحسب ما يرى جانب من الفقه مسئولية تعاقدية تقررت بقوة القانون[240].

وهناك رأي آخر، يعتبر أن الرأي السابق يتعارض مع اعتبار مسئولية المقاول والمهندس مسئولية تعاقدية وذلك لعدم ارتباط المشتري مع المقاول أو المهندس بأي رابطة تعاقدية[241].

ونحن نؤيد بدورنا الرأي الأول الذي يسند حق المشتري بالضمان العشري إلى حق صاحب العمل بهذا الضمان وذلك على أساس أنه عند انتقال ملكية العقار إلى المشتري انتقل تبعاً لذلك الحق بالرجوع بالضمان إلى المشتري لأنه يعتبر من مستلزمات وملحقات المبيع التي تنتقل معه دون حاجة لاشتراطها في العقد.

---

(238)منصور،المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص83-84؛ سرور، المرجع السابق بند 181 ص206-207؛ يسن، المرجع السابق، ص610.

(239) سرور، المرجع السابق، ص204؛ الزقرد، المرجع السابق، ص516.

(240)الزقرد، المرجع السابق، بند19، ص516. أنظر بالتفصيل حول هذا الرأي والرد عليه ياقوت: المرجع السابق، بند177، ص281.

(241) ياقوت، المرجع السابق، بند 177، ص281.

2.2.1.1.2 الآثـــار المترتبة على انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري

ما دمنا نتكلم عن حق انتقل إلى المشتري بانتقال البناء إليـــه وهـــو حـــق الضمان العشري، فإنه تأسيساً على ذلك، يحق للمشتري رفع دعوى العيوب الخفية على صاحب العمل مباشرة وذلك وفقاً لأحكام الضمان الخاص بالمبيع[(242)].

كما أن له حق التمسك بالضمان العشري في مواجهة المقاول أو المهنـــدس في حال حدوث تهدم في البناء أو ظهور عيب فيه[(243)].

أيضاً لا يجوز لصاحب العمل أن يحتفظ لنفسه في عقد البيع بـــالحق فـــي الضمان في حال توافر سببه، لأن ذلك يعتبر تعطيلاً لانتقال الضمان إلى المشتري متى انتقلت إليه ملكية العقار، وبالتالي يتعارض مع الحكمة من الضمان وهـــي أن يتسنى لمالك البناء التأكد من سلامته ومتانته، وهنا يكون بالتأكيد من حق المشتري أي المالك الجديد[(244)].

أيضاً بانتقال الحق في الضمان إلى المشتري قبل انتهاء مدته يفقد صـــاحب العمل صفته هذه ولا يحق له بالتالي التمسك بهذا الضمان حيث يصبح من حق من آلت إليه الملكية.

ونشير هنا إلى أنه بالنسبة لدائن صاحب العمل فهو حسب الرأي الراجح لا يعتبر خلفاً عاماً أو خاصاً لصاحب العمل[(245)]، وبالتالي فليس له الحق في التمـــسك بأحكام الضمان الخاص حالاً محل صاحب العمل (مدينه) بإقامة دعوى الـــضمان في حالة تحقق سببه خلال مدته، وذلك لأنه يفقد صفته كصاحب العمل، بخـــلاف المشتري الذي انتقلت إليه ملكية العقار بالتالي هو يمارس حقاً أصيلاً له في دعوى الضمان الخاص.

---

(242) سرور، موجز تنظيم حق الملكية، 1994، ص382؛ السنهوري، حق الملكية، المرجع الـــسابق، بنـــد 309، ص507.

(243)الزقرد، المرجع السابق، بند 27، ص523.

(244)الزقرد، المرجع السابق ، ص523؛ سرور، مسئولية مقاولي البناء، المرجع السابق، ص202.

(245)السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، هامش1، ص596؛ يـــسن، المرجـــع الـــسابق، ص603 حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، ط1954، مطبعة النهضة، القاهرة، ص247.

أما بالنسبة للدائن فإن له ووفقاً للمادة (366) من القانون المدني الأردني أن يستفيد من الدعوى غير المباشرة[246]، بمعنى أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا الأخير إلا ما كان متصلاً بشخصه أو غير قابل للحجز، فهي نيابة قانونية للدائن للمطالبة بحقوقه لدى مدين المدين.

والفكرة الأساسية في هذه الدعوى هي وجود مصلحة مشروعة للدائن من إقامتها، كما يجب أن يكون حق الدائن موجوداً ولو كان غير مستحق الأداء[247] ووجود هذه المصلحة يتوقف على شرطين، إحداهما أن لا يكون للمدين أموال كافية لسداد حق الدائن، كما أن على الدائن أن يثبت أن المدين لم يستعمل حقه وإن إهماله هذا من شأنه أن يؤدي إلى إعساره.

وبالنسبة للضمان الخاص، وإن توافرت للدائن المصلحة إلا أنه لا يعتبر مالكاً للبناء وهي صفة لازمة للاستفادة من هذا الضمان، فالمشتري يرفع دعوى الضمان باسمه الخاص لا نيابة عن صاحب العمل، كما أن الحق في هذا الضمان تنصرف آثاره إلى المشتري وليس إلى صاحب العمل[248].

وغني عن القول، أن المشتري في دعوى الضمان يستعمل حقاً أصيلاً له قبل المقاول والمهندس فلا يستعمل حقوق مدينه، ما دام أنه يملك هذا الحق وقت رفع دعوى الضمان.

ويرى جانب من الفقه أن للدائن حق ممارسة الضمان العشري من خلال الدعوى غير المباشرة لأنه ذا طبيعة مالية ولا يتعلق بشخص المدين[249]، وهذا يتفق مع نص المادة (366) من القانون المدني الأردني التي تنص بقولها "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصية خاصة أو غير قابلا للحجز". كما نصت المادة (367) من نفس القانون على أنه "يعتبر الدائن نائباً عن مدينه في استعمال حقوقه ....".

---

(246)هي الدعوى التي يطالب فيها الدائن مدين المدين بحقوق له قبل مدينه الأصلي، إذا أهمل هذا الأخير عن المطالبة بها وترتب على ذلك إعساره: أحمد الزقرد، المرجع السابق، ص515.

(247)السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، بند 530، ص945.

(248) الزقرد، المرجع السابق، بند17، ص515.

(249) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص85.

ولا يمكن لهذا النائب أن يقيم الدعوى غير المباشرة إلا ضمن العيب الموجب للضمان وحدوثه خلال مدة الضمان(250).

إذاً تبين من النصوص القانونية أن دائن صاحب العمل يستطيع أن يطالب بالضمان العشري وأن يقيم دعوى ضد المقاول والمهندس من خلال الدعوى غير المباشرة وذلك في حال تحقق لصاحب العمل حقه ومن شأن هذا التقصير أن يؤدي إلى إعساره وبالتالي ضياع حقوق دائن أو دائني صاحب العمل.

2.1.2 المدين بالضمان

سبق وأن تحدثنا سابقاً عن الدائن بالضمان أي المستفيد بأحكامه، لذلك لابد لنا من التوقف الآن للحديث عن المدين بالضمان، وذلك استكمالاً للبحث في النطاق الشخصي للضمان.

فما دمنا أمام علاقة عقدية (عقد المقاولة) فلابد من وجود طرفين لها إحداهما الدائن بها والآخر المدين بها.

أي لا بد من وجود طرف يقع على كاهله تطبيق أحكام الضمان العشري وهذا الطرف يقتصر وبمقتضى صريح نص المادة (788) من القانون المدني الأردني على المقاول والمهندس حيث لم يذكر النص السابق سوى المهندس والمقاول كمسئولين بموجب أحكام الضمان العشري.

فمن هو المهندس والمقاول اللذان اقتصر القانون على مسئوليتهما دون غيرهما، وهل يقتصر التطبيق الفعلي عليهما أم يمتد ليشمل أشخاص آخرين؟ لذلك سوف ندرس في هذا الجزء التعريف بالمهندس ومن ثم التعريف بالمقاول ثم التعرف على المقاول الثاني ومدى مسئوليته في الضمان العشري، ثم نعرض لتضامن المقاول والمهندس في الضمان، وأخيراً ندرس مدى رجوع كل من والمقاول والمهندس كل منهما على الآخر في حال تحقق الضمان.

---

(250)عبيدات، نوري يوسف، مسئولية المقاول المهندس المعماري في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994، ص208.

1.2.1.2 المهندس

تسهيلاً للعرض سوف تتم دراسة هذا الجزء ضمن نقطتين نتعرف في الأول منها على المهندس المناط بالمسئولية ضمن أحكام الضمان العشري، أما النقطة الثانية فنخصصها لدراسة مجال مسئولية المهندس.

1.1.2.1.2 التعريف بالمهندس

يقصد بالمهندس في هذا المجال الشخص: الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه[(251)].

كما عرفه جانب من الفقه[(252)] بأنه:" الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء".

كما حددت المادة (23/أ) من قانون نقابة المهندسين الأردنيين رقم (15) لسنة 1972[(253)] أنه "لا يجوز ممارسة أعمال الدراسات ووضع التصاميم الهندسية إلا من قبل المكاتب والشركات الهندسية المسجلة في النقابة بموجب أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه". إذاً يتضح أن المهندس المقصود بالمادة (788) من القانون المدني الأردني هو إما أن يكون مكتب استشاري أو مكتب هندسي أو ويشترط أن تكون هذه المكاتب مسجلة في نقابة المهندسين.

---

(251)السنهوري، المرجع السابق، بند 62، ص109؛ البكري، محمد عزمي، المرجع السابق، بند 66 ص154؛ كامل، سمير ، التأمين الإجباري من المسئولية المدنية للمهندس والمقاولين عن حوادث البناء،1995 - 1996، بدون دار نشر، ص19.

(252)نقلاً عن شنب، المرجع السابق، بند 105، ص157.

(253)وقد صدر قانون مؤقت رقم (4) لسنة 2003، وهو قانون معدل لقانون نقابة المهندسين الأردنيين، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 4584، بتاريخ 2003/2/2، ص 384.

إذا قد يكون المهندس شخصاً طبيعياً كفرد معين، أو شخصاً معنوياً كما في حالة أن يتم التعاقد مع مؤسسة هندسية[254].

وعليه فإن المهندس له صفة مميزة وذلك بقدرته على التخطيط والتصميم أو وضع الرسومات والخرائط وذلك بما يتناسب مع ظروف البيئة ومقتضياتها، ويساهم في التقييم والتشييد في نطاق التخطيط العام وذلك بتكليف من المالك أو من يمثله قانوناً، ولحسابه[255].

كما لا يشترط في المهندس أن يكون حاملاً لمؤهلٍ فنيٍّ في الهندسة المعمارية؛ فهو يلتزم بالضمان ما دام يقوم بمهمة المهندس المعماري سواء أكان ميكانيكياً أو كهربائياً أو مدنياً[256]، إذاً العبرة للأداء لا للوصف القانوني للشخص لغايات تطبيق أحكام الضمان عليه في هذه الحالة.

وهذا ما يراه جانب من الفقه حيث قال: أن كل من يرتبط مع المالك بعقد مقاولة للقيام بعمل المهندس المعماري من أجل منشآت ثابتة يلتزم بالضمان[257].

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فقد اقتصرت المادة (788) منه على ذكر كلمة المهندس، حيث أغفل النص لفظ المعماري ليمنح القضاء فرصة تفسير كلمة المهندس تفسيراً واسعاً ليشمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء، بخلاف القانون المدني المصري الذي ذكر كلمة المهندس المعماري حيث أن الفقه المصري ذهب إلى قصر الضمان على المهندس المعماري فقط طبقاً لصريح نص المادة (651)[258]. ومع ذلك يرى بعض الشراح اعتبار المهندس الإنشائي وخبير التربة في حكم المهندس المعماري إذا ارتبطوا مباشرة بعقد مقاولة مع صاحب العمل[259].

---

(254)المومني، المرجع السابق، ص223 -224.

(255)مدى مسئولية المهندس الاستشاري مدنياً في مجال الإنشاءات؛ الأودن، سمير عبد السميع، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع الإسكندرية، 2000 ص92؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 13 ص34؛ يسن، المرجع السابق، ص414.

(256)السنهوري، المرجع السابق، بند 62، ص109

(257) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص87.

(258)يحيى ،عبد الودود، مسئولية المهندس والمقاولين والتأمين منها، مجلة مصر المعاصرة العدد 376 السنة السبعون، لسنة 197، ص16.

(259)شنب، المرجع السابق، بند 105، ص158؛ ياقوت، المرجع السابق، ص193 -194.

وعليه إذا ما تعاقد صاحب العمل مع أكثر من مهندس لاتمام المعقود عليه، كأن يشترك في العمل مهندس مصمم، وآخر استشاري، ومهندس مشرف على التنفيذ [260] عندها يسأل كل هؤلاء في حدود ما تعاقد عليه كل واحد منهم إلاّ إذا كانوا يعملون تحت إمرة المهندس المعماري وإشرافه، فعندها يسأل المهندس المعماري في مواجهة صاحب العمل[261].

وتخضع هذه المهنة في الأردن لقانون نقابة المهندسين الأردنيين رقم (15) لسنة 1972. وقد منعت المادة (23/ أ) في فقرتها (أ) من قانون نقابة المهندسين الجمع بين مهنة الهندسة ومهنة المقاولة بقولها: "تمنع مكاتب الدراسات والاستشارات الهندسية والشركات الاستشارية الهندسية من تعاطي أعمال المقاولات الهندسية بعد تسجيلها في النقابة"، ومع ذلك قد يكون المقاول مهندساً ويحترف أعمال المقاولات ولكنه يتعاقد مع صاحب العمل بصفته مقاولاً وليس مهندساً[262].

كما صدر نظام معدل لنظام المكاتب والشركات الهندسية وهو نظام المكاتب والشركات الهندسية رقم (31) لسنة 1989 حيث نظم مهنة الهندسة من حيث العلم المطلوب وفقاً لقانون نقابة المهندسين وتسجيل المهندسين لدى الشركة أو المكتب الهندسي، كما يحدد الاختصاصات التي يسمح للمكتب الهندسي والشركة الهندسية ممارسة عمله فيها المادة (18) من النظام السابق ذكره.

2.1.2.1.2 مجال مسئولية المهندس

أما بالنسبة لمدى مسئولية المهندس فيجب معرفة أولاً حدود ما كلف به من مهام، و بديهياً أن يتم ذلك بالرجوع إلى العقد المبرم بينه وبين صاحب العمل، فالعقد شريعة المتعاقدين[263].

---

(260) ياقوت، المرجع السابق، ص33.

(261)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص88.

(262)المادة (25/أ) من قانون نقابة المهندسين.

(263) ياقوت، المرجع السابق، بند 15، ص36؛ يسن، المرجع السابق، ص418.

فإذا اقتصر دور المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ، كان مسئولاً فقط عن العيوب الناجمة عن هذا التصميم(264)، أي أنه لا يسأل عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ لأن الخراج بالضمان والغرم بالغنم(265).

فإذا ما حدث تهدم أو عيب في البناء ناشئ عن التنفيذ أو الإشراف الذي يتلقاه المقاول في التنفيذ ولم يكن للتصميم أثر في ذلك، فإن المهندس لا يسأل حيث انعدمت الرابطة السببية بين وضع التصميم وبين الضرر الناتج(266).

ومن كلف بالرقابة والإشراف - سواء كان مهندساً أم مقاولاً - يكون مسئولاً عما يحدث بالتنفيذ من عيوب أو أخطاء وذلك وفقاً لأحكام هذه المسئولية(267)، ويقع على صاحب العمل عبء إثبات أن الضرر ناتج عن خطأ في التصميم الذي وضعه المهندس، فإن عجز عن ذلك فلا يكون المهندس مسئولاً(268).

وهذا ما استقرت عليه محكمة التمييز الأردنية عندما قضت في أحد قراراتها بأنه "يستفاد من نصوص المواد 786و 788، 789 من القانون المدني الباحثة في مسؤولية المقاول والمهندس الذي قام بتصميم البناء والإشراف على تنفيذه والمهندس الذي اقتصر دوره على تصميم البناء، أن الالتزام في التعويض عن الخلل أو التهدم يبقى قائماً بحق المقاول والمهندس ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة "(269).

وخلاصة القول أنه حتى يمكن مساءلة المهندس وفقاً لأحكام المادة (788) من القانون المدني الأردني يجب أن يكون مرتبطاً مع صاحب العمل بعقد مقاولة، أما إذا كان المهندس يقوم بالعمل دون أن يرتبط مع صاحب العمل بعقد مقاولة، فإنه لا يكون مسؤولاً مسئولية خاصة تجاه صاحب العمل، بل يسأل عن أخطاءه وذلك وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

---

(264)ياقوت، المرجع السابق، بند 15، ص36؛ الأودن، مدى مسئولية المهندس الاستشاري مدنياً؛ المرجع السابق، ص93؛ أنظر المادة (789) من القانون المدني الأردني.

(265)الزحيلي، المرجع السابق، ص278؛ أنظر المادة (235) من القانون المدني الأردني.

(266)المومني، المرجع السابق، ص225.

(267) يسن، المرجع السابق، هامش، 24، ص418.

(268)شنب، المرجع السابق، بند 105، ص158.

(269)تمييز حقوق رقم 2003/3898، بتاريخ 2004، منشورات مركز عدالة.

فإذا كان المهندس واضع التصميم مكلفاً أيضاً بالرقابة والإشـراف علـى التنفيذ فهو يسأل عن الأعمال المسندة إليه[270].

ويعتبر المهندس مسئولاً أيضاً عن العيب في الأرض ذاتها طالما كان مـن الممكن كشفه، وفقاً لأصول الفن أما إذا استحال كشف العيب فإن ذلك يكون فـي حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولاً عنه[271].

بالإضافة لما سبق فإنه على المهندس عند وضع الرسـومات أن يراعـي أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الإرتفاق سواء ما كان منهـا مفروضاً بحكم القانون أو ناشئاً عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعـي أي يجب أن يراعي قوانين البناء والتنظيم[272].

إذاً يكفي لقيام الضمان حدوث التهدم (الكلي أو الجزئي) أو ظهور العيـب في البناء، فلا يلتزم صاحب العمل بإثبات وجود خطأ من جانب المهندس حتى تتم مساءلته بل يثبت إخلال المهندس بالتزامه وهو بقاء البناء متيناً مدة عشر سنوات، بمجرد عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما[273].

بقيت حالة المهندس المكلف مهمة جزئية حيث أنه إذا كان المهندس مكلف بمهمة كاملة فلا يمكن له دفع الضمان إلا بثبات السبب الأجنبي، أما إذا كان مكلف بمهمة جزئية مثلاً إذا كلف بوضع التصميم فقط عندها عليه إثبات عدم تعلق العيب بالتصميم الذي وضعه دون حاجه لإثبات السبب الأجنبي[274].

---

(270)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص100.

(271)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص99.

(272)الفكهاني، حسن، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، الجـزء السـادس، الدار العربية للموسوعات القاهرة، 2001، ص1062.

(273)التواب، معوض، مدونة القانون المدني، الجزء الثاني، دار منـشأة المعـارف، الإسـكندرية، 1987 ص1309.

(274)الحسيني،عبد اللطيف، المسئولية المدنية عن الأخطاء المدنية للطبيب والمهندس المعمـاري والمقـاول والمحامي، الطبعة الأولى، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص25؛ ياقوت، المرجع السابق، ص211؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص360.

2.2.1.2 المقاول

سوف تتم دراسة هذا الجزء ضمن نقطتين نتعرف في الأول منهـا علـى المقاول المسؤول ضمن أحكام الضمان العشري ، أما النقطة الثانيـة فنخصـصها لدراسة مجال مسئولية المقاول.

1.2.2.1.2 التعريف بالمقاول

عرفت المادة (781) من القانون المدني الأردني المقاول بأنـه "الـشخص الذي يعهد إليه في إقامة المباني والمنشآت الأخرى، ويجوز أن يقتصر الاتفاق في عقد المقاولة على أن يتعهد المقاول بتقديم العمل على أن يقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقـديم المادة والعمل معاً".

وقد عرف قانون مقاولي الإنشاءات رقم (13) لسنة 1987 المقاول بأنه "أي شخص طبيعي أو معنوي يمارس مهنة المقاولات الإنشائية والمرخص والمسجل وفق أحكام هذا القانون".

ولا يجوز لأي شخص سواء أكان طبيعياً أو معنوياً مزاولة المقاولات فـي المملكة ما لم يكن مسجلاً في النقابة ومسدداً للرسوم والاشتراكات المترتبة عليـه وفق أحكام هذا القانون (م 8/أ)، كما يجب أن يستكمل إجراءات التطبيـق حـسب قانون نقابة مقاولي الإنشاءات (م 3) من تعليمات ترخيص مقاولي الإنشاءات لسنة 2002 الصادرة بالاستناد إلى المادة (3) فقرة أ من قانون الإنشاءات.

كما عرفته المادة (2/1) من دفتر عقد المقاولة بأنه الشخص أو الشركة أو الائتلاف المشار إليه في العقد كفريق ثانٍ والذي قبل صاحب العمل عرضه وتعاقد معه ويشمل كذلك ممثلي المقاولة الشخصيين وورثته الشرعيين.

إذا المقاول قد يكون شخصاً طبيعياً، كما قد يكون شخصاً معنوياً كأن تكون شركة مقاولات[275].

أما الائتلاف المشار إليه في المادة (2/1) من عقد المقاولة فهـو يتكـون عندما تتفق شركتان أو أكثر لتوفير جميع الاختصاصات أو الإمكانيات المطلوبـة

(275)المومني، المرجع السابق، ص221.

لتنفيذ المشروع ويحدد دور كل منها في عملية التنفيذ وتكون مسئوليتهم مجتمعين ومنفردين بالتكافل والتضامن، أي أنه إذا قصر أحدهم في أداء مهمته قام الآخرون بأداء ما عليه من التزام، ولا يوجد في القانون ما يوجب تسجيل هذا الاتفاق(276).

وقد صدرت تعليمات ترخيص مقاولي الإنشاءات لسنة 2002 وذلك بالاستناد إلى المادة (3) في فقرتها (أ) من قانون مقاولي الإنشاءات رقم (13) لسنة 1987 حيث منعت هذه التعليمات في المادة (3) منها ممارسة مهنة المقاولات لأي شخص أو شركة حصل على قرار الترخيص دون أن يستكمل إجراءات التصنيف حسب قانون مقاولي الإنشاءات كما يتم تصنيف المقاولين في ست فئات وتعتبر كل فئة من الفئات الخمس الأولى فئة عليا(277).

حيث حكمت محكمة التمييز الأردنية بمسئولية المقاول لإقدامه على البناء بدون ترخيص ليلاً وذلك حتى لا يكشف أمر قيامه بالبناء خلافاً للقانون(278).

وتقسم أشغال المقاولات لغايات تصنيف المقاولين إلى الطرق، الأبنية، الكتروميكانيك، المياه والصرف الصحي، الأشغال الأخرى(279). كما أن هناك تعليمات التأهيل المسبق والتي يتم من خلالها التحقق المسبق من توفر الأسس المطلوبة لدى المشاركين وفقاً للمتطلبات الواردة في وثائق التأهيل المسبق بما فيها قدراتهم الفنية وإمكاناتهم المالية والإدارية وحجم التزاماتهم وقدرتهم على الأداء، يتم دعوتهم للمشاركة في مناقشة المشروع موضوع التأهيل المسبق.

ويتم دعوة التأهيل المسبق عن طريق الإعلان في الصحف أو الدعوات الموجهة للمقاولين أو الاستشاريين وشروط التأهيل ومرفقاتها(280).

---

(276)تمييز حقوق رقم 1996/331، مجلة نقابة المحامين لسنة1997، ص291.

(277)المادة (3) من تعليمات تصنيف المقاولين لسنة 2000، الصادرة بالاستناد إلى المادة (23) من نظام الأشغال الحكومية رقم 71، لسنة 1986 وتعديلاته.

(278)قرار رقم 236 /1999، مجلة نقابة المحامين، لسنة2000، ص1673.

(279)الملحق رقم (1) لتعريف المجالات والاختصاصات لأشغال المقاولات.

(280)تعليمات التأهيل المسبق للمقاولين والاستشاريين، لسنة 2001 الصادرة استناداً إلى المادة (4) والمادة (16) من نظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986 وتعديلاته وإلى المادة (17) من تعليمات العطاءات الحكومية.

ونود الإشارة هنا إلى أنه بلغ عدد المقاولين المسجلين في نقابة مقاولي الإنشاءات الأردنيين في المملكة لغاية عام 2003، 1.456 مقاولاً أما الناتج المحلي بقطاع الإنشاءات بالأسعار الجارية لغاية 2003 هي 268.3 دينار أردني[281].

إذاً الدور الأساسي للمقاول في عقد المقاولة هو تنفيذ محتوى العقد ومضمونه وذلك وفقاً للتصميمات والنماذج والرسوم الموضوعة من قبل المهندس أو صاحب العمل[282]، والذي يترتب على الإخلال به افتقاد مسئوليته العقدية أو التقصيرية على حسب الأحوال[283].

وبالتالي فإن المقاول ملزم بالضمان الخاص في حال تحقق سببه سواءً قدم صاحب العمل المادة أم قام المقاول بنفسه بتقديم المادة إلى جانب القيام بالعمل.

وقد يعهد صاحب العمل إلى مقاول واحد للقيام بعمليه البناء فيقوم بعمله بواسطة فريق عمل من الفنيين ومستخدمين وعمال و بالاستعانة بمقاولين من الباطن، وفي جميع هذه الحالات يبقى المقاول المسؤول الوحيد تجاه صاحب العمل وفقاً لاحكام الضمان العشري[284]. وهذا ما أكدت عليه المادة (798) في فقرتها الثانية من القانون المدني الأردني حيث تبقى مسئولية المقاول قائمة قبل صاحب العمل.

ومع ذلك فقد يتعاقد صاحب العمل مع عدة مقاولين ليقوم كل منهم بجزء من عملية البناء، كأن يكون أحدهم للحفريات والتأسيس، وآخر للتقسيمات الداخلية، وثالث لأعمال البناء الأخرى من أعمدة وجدران وما إلى ذلك من الأعمال التي يتطلبها البناء[285]. فكل واحد من هؤلاء يعتبر مقاولاً في حدود ما عهد إليه، وبالتالي يكون ملتزماً بالضمان العشري كل في نطاق العمل الذي تم إسناده إليه[286] حيث لا يمنع من قيام الضمان تعدد المقاولين.

---

(281)دائرة الإحصاءات العامة، الأردن في الأرقام، 2006، عمان، دائرة الإحصاءات العامة.

(282) يسن، المرجع السابق، ص421.

(283)البكري، المرجع السابق، بند 67، ص160.

(284)البكري، المرجع السابق، بند 67، ص161.

(285)المومني، المرجع السابق، ص222؛ يسن، المرجع السابق، ص434..

(286)السنهوري، المرجع السابق، بند 63، ص110؛ شنب، المرجع السابق، بند 105، ص160.

ممَّا سبق يصلح في حال كون عمل كل مقاول منفصل عن باقي أعمال المقاولين الآخرين، كأعمال الحدادة تختلف عن أعمال الدهان مثلاً، لكن في حالة أن يكون العيب الذي أصاب البناء من الصعب نسبته إلى مقاول معين كما في حالة ظهور تشققات جسيمة في أعمدة البناء التي قام أحد المقاولين ببناءها، ومع ذلك يكون هناك مقاول آخر قد قام ببناء أساسات تلك الأعمدة، ففي هذه الحالة من الصعب تمييز سبب ظهور التشققات هل هو خطأ مقاول الأعمدة أم خطأ مقاول الأساسات.

لم تتضمن النصوص القانونية هذه الحالة لكنها ذكرت المقاول بشكل عام ومسئوليته عن أي تهدم كلي أو جزئي أو ظهور عيب في البناء.

كما أنه لا يوجد أحكام قضائية أردنية حول هذا الموضوع. ومع ذلك نرى أنه لصاحب العمل الرجوع على المقاولين بالتضامن عن أي عيب يصيب البناء من شأنه تهديد سلامته، ولكل مقاول لم يتسبب في هذا العيب أن يثبت أمام المحكمة بجميع وسائل الإثبات عدم مسئوليته، وبالتالي مطالبة المقاولين الآخرين بالتعويض عما دفعه لصاحب العمل.

والمقاول الملتزم بالضمان العشري محل هذه الدراسة هو الذي يكون لعمله أثر في متانة البناء وسلامته أما إذا اقتصر دوره على بعض الأعمال البسيطة التي ليس لها أثر على متانة البناء في حال تمت معيبة، كأعمال الدهان مثلاً، ففي هذه الحالة لا يلتزم المقاول بالضمان الخاص ولا يترتب عليه سوى مسئولية عامة ناتجة عن التزامه التعاقدي مع صاحب العمل أي يخضع للأحكام العامة في المسئولية العقدية الناتجة عن عقد المقاولة المبرم بينه وبين صاحب العمل[287].

ومع ذلك فإذا كانت المواد التي استعملت في البناء من شأنها أن تؤثر في متانة البناء وسلامته فإن المقاول يسأل وفقاً لأحكام الضمان العشري.

فالمقاول إذاً يضع التصميمات والرسوم موضع التنفيذ وما يتفق على ذلك من حراسة المواد والأشياء الأخرى الموجودة في موقع العمل، كما أن عليه تنبيه

(287)شنب، ، المرجع السابق، بند 105، ص160؛ يسن، المرجع السابق، ص425؛ المومني، المرجع سابق، ص222.

المهندس وصاحب العمل إلى الأخطاء التي قد يكتشفها في التصميم الذي وضـــعه أي منهما وذلك في الوقت المناسب حتى يمكن تصحيحها دون ضرر[288].

وعليه تنتفي مسؤولية المقاول إذا كان قد نبه صاحب العمل عن الخطأ في التصميم ومع ذلك أصرّ صاحب العمل على تنفيذه متى كان صاحب العمل يفــوق المقاول من حيث الخبرة وفن البناء[289].

ويشترك المقاول مع المهندس في المسؤولية عن أخطاء التصميم إذا كـــان بإمكانه أن يكتشفها بسهولة، أي كانت واضحة[290].

2.2.2.1.2 مجال مسئولية المقاول

بالنسبة لمدى مسئولية المقاول فإنه إذا قام بدوره الأساسي وهو تنفيذ العقــد وفق الرسومات والتصاميم التي وضعها المهندس فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ[291].

كما تبقى مسئولية المقاول حتى لو تدخل صاحب العمل في التنفيذ؛ لأن من واجب المقاول أن يمنع كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمر به صاحب العمــل، حيث يلتزم المقاول بنتيجته وهي بقاء البناء الذي قام بتشيده متيناً وسليماً مدة عشر سنوات بعد تسليمه[292].

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بقولها" إن عمل المقــاول تحــت إشراف صاحب العمل لا يعفي المقاول من مسئوليته عن عيوب وأخطاء الــصنعة التي تقع عملاً بالمادة (789) من القانون المدني الأردني"[293].

أما إذا لم يقف المقاول عند دوره الأساسي وهو تنفيذ العقد بل تعــداه إلـــى القيام بدور المهندس كوضع التصميمات كالرسوم وكان بها عيب أدى إلى تهــدم

---

(288) الأودن، المرجع السابق، ص93؛ ياقوت، عقد المقاولة، ص870-880.

(289)نقض مدني مصري 8/ 12/ 966، مجموعة أحكام النقض، س17، ق264، ص1830.

(290)نقض مدني مصري في 31/ 1/ 965، مجموعة احكام النفض ق13، ص81.

(291)الفكهاني، المرجع السابق، ص1063.

(292)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص102.

(293)تمييز حقوق رقم 1986/583، مجلة نقابة المحامين، 1989، ص1776.

البناء أو ظهور عيب فيه يهدد متانته وسلامته، فإن المقاول في هذه الحالة يعتبر ملتزماً بضمان هذه الأعمال ضماناً عشرياً(294).

3.2.1.2 مدى مسئولية المقاول من الباطن بموجب أحكام الضمان العشري

تفترض المقاولة من الباطن وجود عقدين متتابعين لهما طبيعة قانونية واحدة هي المقاولة. العقد الأول وهو الذي يربط صاحب البناء مع المقاول الأصلي، والعقد الثاني هو الذي يربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن. إلاّ أن هذين العقدين يعتبران مستقلين من الناحية القانونية سواء من حيث الأطراف أو من حيث ما ينشأ عنهما من التزامات(295).فالمقاولة من الباطن(296) هي عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول من الباطن وتحت مسئوليته تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم مع صاحب البناء سواء أكان فرداً عادياً أو شخصاً معنوياً(297).

أما المقاول من الباطن فهو ذلك الشخص الذي يتعاقد معه المقاول الأصلي على تنفيذ كل أو جزء من البناء الذي التزم بإنشائه مع صاحب العمل على ألا يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه(298).

---

(294)البكري، المرجع السابق، بند 67، ص161.

(295)أبو قرين، أحمد عبد العا ، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2001، ص9 -10.

(296)وتختلف المقاولة من الباطن عن التنازل عن المقاولة حيث أن هذه الأخيرة تعني نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد مع ما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المتنازل له، ويصبح المتنازل له هو المدين لكافة التزامات عقد المقاولة تجاه صاحب العمل على عكس عقد المقاولة من الباطن حيث يبقى المقاول الأصلي ضامناً للمقاول من الباطن ومسئولاً عن أخطاءه تجاه صاحب العمل. أنظر بالتفصيل حول التفرقة بين التنازل عن عقد المقاولة والمقاولة من الباطن: نبيل سعد، التنازل عن العقد، دار المعارف، الإسكندرية، ص 74 -85.

(297)جمعة، وليد، حماية المقاول من الباطن في إطار عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2000، ص86 -87؛ صبرة، محمود محمد علي، ترجمة العقود الإدارية، دار الكتب القانونية؛ مصر، 2005، ص463.

(298)حماد، رأفت محمد، المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص16؛ المومني، المرجع السابق، ص185؛ دراسة حول عقد المقاولة من الباطن، اتحاد المقاولين العرب، الطبعة الأولى، الدار العربية للموسوعات، 1989، ص10 -11.

وقد عالجت أحكام المقاول من الباطن المادتان (798، 799) من القانون المدني الأردني والذي أسماه المقاول الثاني، وقد جاءت هذه المعالجة بتقرير مبدأ عام يقضي بأن الأصل في التزام المقاول أن يقوم بتنفيذ العمل بنفسه وفي حالة أن يقيم المقاول مقامه شخصاً آخر هي استثناء من هذا الأصل ويلزم هذا الاستثناء المقاول الأصلي بالضمان عن عمل المقاول الثاني[299] حيث أن هذه المسئولية هي خاصة تقررت بنص خاص، الأمر الذي يجعلها استثناء من القواعد العامة فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه وهذا ما استقر عليه الفقه حيث قصر تطبيق أحكام الضمان العشري على المقاول الأصلي دون المقاول من الباطن[300].

وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية بقولها "إن ما يحكم علاقة المقاول من الباطن بصاحب العمل هي المادتان (798) و (799) من القانون المدني وأن ما يقع على صاحب العمل فيما يتعلق بالمقاول من الباطن (الفرعي) هو التثبت من أن حقوق هذا المقاول قد تم دفعها من قبل المقاول الأصلي"[301].

إذن كقاعدة عامة يعتبر المقاول الأصلي مسئولاً عن المقاول من الباطن أمام صاحب العمل وتعتبر علاقة المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن علاقة مباشرة بينما تعتبر علاقة صاحب العمل مع المقاول من الباطن علاقة غير مباشرة ومن ثم فإنه لا يجوز لصاحب العمل أن يطلب مباشرة من المقاول من الباطن إنجاز العمل وتسليمه إليه، إنما يكون ذلك بمقتضى دعوى غير مباشرة يباشرها باسم المقاول الأصلي[302].

وما دام أن المشرع قد أراد عدم إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشري في مواجهة صاحب العمل فإن هناك اعتبارات معينة أقام المشرع عليها رغبته علماً بأن المشرع المصري كذلك نص على نفس المبدأ السابق لذلك كان هناك اختلاف في الرأي حول الاعتبارات التي أقام المشرع عليها رأيه. فهناك

---

(299) اليعقوب، المرجع السابق، ص297.

(300)عنبر، عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 162، ص196؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 18، ص40 سرور، المرجع السابق، بند167، ص193؛ المومني، المرجع السابق، ص201.

(301)تمييز حقوق رقم 2005/249، بتاريخ 2006/3/8، منشورات مركز عدالة.

(302)محمود، محمد ماجد ، دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997، ص250؛ صبره، المرجع السابق، ص463 -464

رأي رافض لتطبيق أحكام الضمان العشري على المقاول من الباطن مستنداً إلى اعتبارات مالية وحجج قانونية[303].

أما عن الاعتبارات المالية فهي أن المقاول من الباطن أو الشركات التي تقوم بالمقاولة من الباطن، غالباً ما تكون إمكانياتها المالية والفنية ضعيفة، والقول بإخضاعهم لمثل هذه الأحكام الخاصة، قد تؤدي إلى إفلاسهم وانهيارهم مالياً[304].

وأما الحجج القانونية فتتمثل في أن الضمان العشري يتطلب لتطبيق أحكامه وجود عقد مقاولة يربط بين صاحب العمل والمقاول من الباطن وإكمالاً لمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد فلا يجوز أن يخضع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري طالما لم يرتبط مع صاحب العمل بعقد مقاولة[305].

أما أصحاب الرأي المخالف[306] الذي يرى ضرورة تطبيق أحكام الضمان العشري على المقاول من الباطن فقد ردوا على الحجج السابقة على الوجه التالي:

فبالنسبة للحجج القانونية والقائلة بعدم وجود رابطة عقدية بين صاحب العمل والمقاول من الباطن فإن الرد عليها كان على أساس الرجوع إلى الطبيعة القانونية للضمان العشري؛ حيث أن هذه الطبيعة القانونية محل جدل فقهي، فالبعض يرى بأنها من طبيعة عقدية[307] ومنهم من يقيمها على أساس تقصيري[308] أو على أساس مزدوج من العقد والقانون[309] ورأي رابع يراها

(303)شنب، المرجع السابق، بند 105، ص159 -160؛ ياقوت، عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 30، ص41؛ حماد، المرجع السابق، ص169؛ السنهوري، الوسيط، ج7، المرجع السابق، بند 62 ص137 -139.

(304) يسن، المرجع السابق، ص437.

(305)اليعقوب، المرجع السابق، ص299.

(306)الجارحي، مصطفى عبد السيد، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص125 -126؛ حماد، المرجع السابق، ص172 -173؛ يسن، المرجع السابق، ص439 -449.

(307)شنب، المرجع السابق، بند 119؛ العطار،عبد الناصر توفيق، شريعات تنظيم المباني ومسئولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، 1972، بند 52، ص133.

(308) سرور، المرجع السابق، ص272.

(309)مرسي، المرجع السابق، 1952، بند 594، ص496.

مسئولية استثنائية أوجدها القانون وبالنتيجة فإن اشتراط وجود عقد مقاولة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن لقيام الضمان العشري ليس له قيمة(310).

أما بالنسبة للاعتبارات المالية والفنية والتي تستند إلى الضعف الفني والمالي للمقاولين من الباطن وبالتالي يجب حمايتهم من جانب المشرع وعدم إخضاعهم لأحكام الضمان العشري حتى لا يتعرضوا للإفلاس وبالتالي انهيار النشاط برمته، فالرد على هذه الحجة أن الواقع الفعلي في مجال مقاولات البناء والمنشآت الأخرى لا يؤيد هذه الحجة لأن الغالب أن المقاول الأصلي يعهد إلى المقاول من الباطن الأعمال التي لا طاقة له بها فنياً أو مالياً كأعمال الأساسات والتركيبات الفنية الكبرى إلى غير ذلك من الأعمال التي لا تقوم بها إلا شركات ذات كفاءه فنية ومالية عالية فلا قدرة للمقاول الأصلي عليها(311).

ويبدو لنا أنه لابد من إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري تجاه صاحب العمل وذلك للتأكيد على تحقيق حماية صاحب العمل بالإضافة إلى حماية المصلحة العامة ومصلحة المقاول الأصلي أيضاً وحث المقاول من الباطن على بذل أقصى جهد وعناية وإعطاء كل ما عنده من قدرات فنية وخبرات حتى ينجز العمل على أحسن وجه.

4.2.1.2 الطبيعة القانونية للضمان الخاص بالمهندس ومقاول البناء

اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لدعوى الضمان العشري وعما إذا كانت تبنى على أساس المسئولية التقصيرية، أو على أساس المسئولية التعاقدية.

ففي حين ذهب البعض(312) إلى أن أساس الضمان العشري هو القانون وحجتهم في ذلك أنه لا يمكن أن يكون عقد المقاولة مصدراً لهذا الضمان، وذلك لأن عقد المقاولة ينتهي وتنتهي معه كافة ما يترتب عليه من التزامات منذ لحظة

---

(310) الدوري، المرجع السابق، ص5؛ عنبر، المرجع السابق، بند 149، ص174.

(311)حماد، المرجع السابق، ص182؛ يسن، المرجع السابق، ص444.

(312)عنبر، محمد عبدالرحيم ، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية، الجزء الحادي عشر، عقد المقاولة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، 1972، بند 149 ص 369؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 177، ص 282 -283.

تسلم العمل محل العقد مقبولاً من قبل صاحب العمل، وعليه فإن الالتزام بضمان عيوب البناء المقررة في المادة (788) من القانون المدني الأردني هو التزام قانوني محض ناتج عن نصوص قانونية مباشرة أنشأها المشرع وجعلها متصلة بالنظام العام بحيث لا يجوز الحد أو الإعفاء منها[313].

كما يذهب البعض إلى أن أساس هذا الضمان هو المسئولية التقصيرية، وذلك على أساس أن التزام المقاول أو المهندس الناشئ عن العقد ينحصر في تنفيذ الأعمال وتسليمها إلى صاحب العمل بالتالي ينتهي العقد بتمام تنفيذ الأعمال محل العقد[314].

ويميل جانب من الفقه إلى الأخذ بهذا الرأي وذلك على أساس أن المسئولية التقصيرية لها طابع قانوني أكثر منه تعاقدي وهي تتحقق بمجرد التهدم ولا حاجة لإثبات الخطأ أو التقصير من قبل المقاول[315].

لكن هذا الرأي منتقد وذلك على اعتبار أن مضمون الالتزامات العقدية يفرض واجبين[316]:

أولها: تنفيذ العمل الذي تعهد به الملتزم ويتم الوفاء به بمجرد تسليم الأعمال التي تعهد بالقيام بها.

وثانيها: أن يكون التنفيذ محققاً للغرض منه، فلا يمكن التأكد من ذلك إلا بعد فترة من التسليم بالتأكد من سلامة الأعمال المسلمة وخلوها من العيوب وليس أدل على ذلك من أنه في عقد البيع مثلاً لا تنتهي التزامات البائع بمجرد تسليمه المبيع إلى المشتري وإنما يظل ملتزماً بعد ذلك بضمان العيوب الخفية وأن هذا الالتزام ينشأ من عقد البيع ذاته[317].

---

(313)المومني، المرجع السابق، ص214 -215.

(314)بلال، المرجع السابق، ص185.

(315)مغبغب، المرجع السابق، ص128.

(316) الأودن، المرجع السابق، ص31؛ بلال، المرجع السابق، ص185.

(317)المومني، المرجع السابق، ص216؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 162، ص267، بند 180 ص286.

وتأسيساً على هذا النقد السابق يذهب البعض الآخر إلى أن أساس الضمان العشري هو المسئولية العقدية، حيث أن عقد المقاولة ينشئ التزامات في ذمة المقاول وهو التزام بتحقيق نتيجة هي بقاء البناء سليماً ومتيناً مدة معينة، فإذا ما تهدم البناء خلال تلك المدة المحددة في القانون تحقق المسئولية العقدية للمقاول والمهندس لأنها ناشئة عن التزام عقدي سواء نص على هذا الالتزام صراحة في العقد أو لم ينص لأن هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاولة بنص القانون(318).

وللتأكيد على اعتبار مسئولية المهندس والمقاول مسئولية عقدية في أنهما لا يلتزمان إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد(319).

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فإنه يتضح من نص المادة (788) في فقرتها الأولى أن كلاً من المقاول والمهندس يتعاقد مع صاحب العمل، فالأو يصمم والثاني ينفذ ويسأل كلاهما عما يقومان بتشييده من مبان وذلك خلال مدة محددة في القانون وهي عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء أو أكثر وذلك إذا اتفق الطرفان على زيادة مدة الضمان حيث جاء ضمن نص المادة السابقة "إذا لم يتضمن العقد مدة أطول"(320).

فالضمان العشري إذن هو أحد التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للمسئولية العقدية أخضعه المشرع لتنظيم خاص ليتلاءم وخصوصيات المشكلات العملية التي ينتظرها مقاولو البناء.

5.2.1.2 تضامن المهندس والمقاول في الضمان العشري

نصت المادة (426) من القانون المدني الأردني على أنه "لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون".

من هنا تبين لنا أن التضامن بين المدنين لا يفترض وإنما يستقى من مصدرين أولهما الاتفاق وثانيهما القانون وذلك لخطورة مثل هذا النوع من

---

(318)السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المرجع السابق، ص133؛ شنب، المرجع السابق، بند 119 ص183 -184؛ المومني، المرجع السابق، ص116؛ سرور، المرجع السابق، بند 258، ص183

(319)سرور، المرجع السابق، بند 348 -368.

(320)المومني، المرجع السابق، ص216.

التضامن وقد سمي هذا التضامن بالتضامن السلبي ويعني أن يتعدد المدينون بالتزام واحد قابل للانقسام بطبيعته يكون كل منهم بناء على اتفاق خاص أو نص في القانون ملتزماً بأداء كل الدين عند المطالبة، إذ يحق للدائن مطالبة أي من المدينين بتنفيذ كامل الالتزام وليس بوسع المدين الذي طولب التمسك بالتنفيذ الجزئي أي بما يعادل حصته فقط[321].

إذاً قد يكون مصدر التضامن السلبي القانون مثل ما تقضي به المادة (788) من تضامن المهندس والمقاول عن تعويض الأضرار الناجمة عن تهدم البناء الذي شيده كلياً أو جزئياً.

وعليه فإذا قام التضامن على نص في القانون لا يجوز أن يقاس عليه غيره[322]، حيث أن أحوال التضامن مذكورة على سبيل الحصر.

ومن هذه النصوص نص المادة (26) من قانون الشركات الأردني[323] حيث نصت على أنه "مع مراعاة أحكام المادة (27) من هذا القانون يعتبر الشريك في شركة التضامن مسؤولاً بالتضامن والتكامل مع سائر الشركاء ....".

أيضاً ما عبرت عنه المادة (265) من القانون المدني الأردني عندما أعطت المحكمة المختصة حق الحكم على المسؤولين المتعددين بفعل ضار بالتعويض على سبيل التضامن بينهم.

وعليه فإنه من البديهي أنه إذا اشترك في عملية البناء أكثر من مهندس ومقاول فإنهم مسئولون بالتضامن عما قد يصيب البناء من تهدم أو عيب يهدد سلامته ومتانته وبالنتيجة يستطيع الدائن بالضمان أن يقيم دعوى الضمان عليهم

---

(321)الذنون،حسن علي ؛ محمد سعيد الرجو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة،دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2004، ص230.

(322)الفار، عبد القادر ، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، الطبعة الثانية، 1996، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص176.

(323)قانون الشركات الأردني رقم (22)، لسنة 1997، المنشور على الصفحة 2038 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4204 والصادر بتاريخ 1997/5/16.

جميعاً أو على أحدهم ويطالبه بالتعويض كاملاً ثم يرجع من دفع التعويض على الآخرين كل بقدر نصيبه[324].

وتلك هي القواعد العامة في حالة تعدد المسئولين عن الفعل الضار، حيث وضع المشرع الأردني مبدأ عاماً هو التضامن في المسئولية التقصيرية[325] أما المسئولية التعاقدية فإن التضامن لا يفترض يل يلزم لقيامه اتفاق أو نص في القانون[326].

أما بالنسبة للضمان العشري فقد نص المشرع في المادة (788) من القانون المدني الأردني على تضامن المهندس والمقاول بما يحصل من تهدم أو عيب في البناء ومفاد ذلك أنه يجوز لصاحب العمل الرجوع عليهما معاً متضامنين بالتعويض[327]. ولا يمكن لأحدهما دفع الضمان عنه بحجة عدم توافر الخطأ في جانبه ونسبته إلى الآخر[328].

ولعل الحكمة من هذا التضامن هو حث المقاول والمهندس على الإجادة في البناء للخروج به في صورة كاملة خالية من العيوب مما يحافظ على الأرواح والممتلكات، ويبعث الطمأنينة في نفس صاحب العمل ويحقق المصلحة العامة للمجتمع ككل[329].

6.2.1.2 إقتسام المسئولية بين كل من المهندس والمقاول ومدى رجوع كل منهما على الآخر

يلتزم المقاول والمهندس متضامنين بالضمان تجاه صاحب العمل وذلك بمقتضى نص في القانون أما علاقة كل منهما بالآخر فلا يوجد فيها تضامن، بل

(324)نص المادة (265) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كان كل منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم".

(325)المادة (439) من القانون المدني الأردني.

(326)نصت المادة (426) من القانون المدني الأردني على أنه "لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون".

(327)شنب، المرجع السابق، بند 115، ص179؛ سرور، المرجع السابق، ص302؛ أيضاً تمييز حقوق رقم 1987/207، مجلة نقابة المحامين، 1990، ص108.

(328)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص98.

(329) البكري، المرجع السابق، بند 84، ص203.

يعتبر كل منهما بعلاقته مع الآخر من الغير[330]، وذلك لأنه لا يوجد عقـد يـربط بينهما ولو أن كلاً منهما يرتبط مع صاحب العمل برابطة عقدية[331].

وعليه فإن المسئولية المترتبة عليهما تقسم بينهما بنسبة خطأ كل منهما[332] ويجوز في هذه الحالة لأي منهما أن يرجع على الآخر إذا كان العيب الذي حـدث في البناء بسبب خطأ هذا الأخير[333] ومن يرجع على الآخر يحل محل صـاحب العمل في حقوقه فيرجع أيضاً بدعوى الحلول[334] مع مراعاة درجة جسامة الخطأ أما إذا كانت مسئوليتهما قد قامت دون أن يثبت خطأ في جانـب أي منهمـا فـإن المسئولية في هذه الحالة تقسم وتوزع عليهما بالتـساوي، أي يلـزم كـل منهمـا بنصف التعويض المحكوم به، دون أن يكون لأحدهما أن يرجع على الآخر[335].

كما توزع المسئولية بين المهندس والمقاول في حالة أن الضرر يرجع إلى ما ورده المقاول من مواد معيبة بعيوب ظاهرة؛ وذلك لأن المقاول يعتبر ضـامناً لجودة المواد التي يوردها فيسأل عن عيوبها، والمهندس يعتبر مخطـأ إذا سـمح باستخدامها رغم ما بها من عيوب أو أهمل في فحصها[336].

أيضاً في حالة أن الضرر نشأ عن عيب ظاهر في التصميم والمقاول قبـل تنفيذه، فإن المسئولية توزع بين كل من المقاول والمهندس لأن كلاً منهما مخطـئٌ ويتحمل نتيجة خطئه[337].

2.2 نطاق الضمان العشري من حيث الأضرار التي يشملها

إن المسؤولية الخاصة بالمهندس ومقاول البناء كما هـي مقيـدة بالنـسبة للأشخاص فهي أيضاً مقيدة بالنسبة للأضرار التي تشملها كما سنرى في المطلـب الثاني من هذا المبحث.

---

(330)المومني، المرجع السابق، ص248.

(331) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص98؛ شنب، المرجع السابق، بند 116، ص183.

(332)الشهاوي، المرجع السابق، بند 110، ص167.

(333) البكري، المرجع السابق، بند 85، ص205.

(334)الشهاوي، المرجع السابق، بند 110، ص168.

(335)المومني، المرجع السابق، ص249.

(336)المرجع نفسه.

(337)شنب، المرجع السابق، بند 118، ص182.

وبهدف دراسة الموضوع بصورة شمولية سوف تتم دراسة هذا الجزء من خلال التعرف على ماهية الأعمال التي تشكل محلاً لهذا الضمان، وفي ومن ثم ندرس ماهية الضرر الذي يعتد به في تطبيق أحكام الضمان العشري.

بادئ ذي بدء نشير إلى أن أحكام الضمان العشري تقتصر على أعمال البناء والتشييد دون غيرها من الأعمال التي يمكن أن يقوم بها المهندس ومقاول البناء[338] حيث لا يكفي أن تتعلق أعمال المهندس والمقاول بمباني أو منشآت، بل لابد أن تدخل هذه الأعمال ضمن دائرة أعمال البناء والتشييد، وقد جاءت المادة (788) في فقرتها الأولى من القانون المدني الأردني صريحة في هذا الشأن.

1.2.2 الأعمال التي تشكل محلاً للضمان

لابد هنا من بحث محل عقد المقاولة الذي أشارت إليه المادة (788) في فقرتها الأولى من القانون المدني الأردني بعبارة "فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت" وعليه يثير هذا المطلب مسألتين: تتعلق الأولى بتشييد المباني كمحل لعقد المقاولة وتتعلق الثانية بإقامة منشآت أخرى كمحل ثانٍ للعقد وذلك ضمن فرعين مستقلين.

1.1.2.2 تشييد المباني

سوف تتم دراسة هذا الفرع ضمن ثلاثة بنود ندرس في البند الأول تعريف المبنى المشمول بالحماية وندرس في البند الثاني الأعمال المتعلقة بهذا البناء والتي تسري عليها هذه الحماية، وفي البند الأخير ندرس مدى خضوع العقارات بالتخصيص لهذه الأحكام.

1.1.1.2.2 ماهية البناء الذي يكون محلاً لسريان أحكام الضمان العشري:

لقد تعرض الفقه إلى تعريف البناء، فقد عرفه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه "مجموعة من المواد أياً كان نوعها - خشباً أو جسراً أو جبساً أو

---

(338)السنهوري، المرجع السابق، بند 61، ص107؛ شنب، المرجع السابق، بند 107؛ ص162؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 35، ص92.

حديداً، أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا - شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار"[339].

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه "كل شيء من صنع الإنسان ثابت في حيزه، متصل بالأرض اتصال قرار"[340].

وقريباً ممَّا سبق يمكن تعريفه أيضاً بأنه "كل عمل أقامته يد الإنسان عن طريق الربط بين مجموعة مواد أياً كان نوعها ربطاً غير قابل للفك، جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل، طبقاً لمقتضيات الزمان والمكان على أن يكون هذا المبنى ثابتاً بالأرض متصلاً بها اتصال قرار، بحيث لايمكن نقله دون هدم أو تلف"[341].

وعليه يمكن القول أن نوعية المواد المصنوع منها البناء لا تؤثر في مدى خضوعه لأحكام هذه المسؤولية، فيستوي أن تكون هذه المواد مصنوعة من الطوب أو الخشب أو الحديد أو من الخرسانة المسلحة أو من الحجارة[342]. والزجاج[343] أو الحصير أو البوص أو الجبص الجاف[344] وعشش.

أيضاً يسلِّم الفقه بخضوع تلك المباني لهذه الأحكام أياً كان الغرض من إنشائها، سواء كان البناء بغرض السكن كالمنازل أو العمارات أو إيواء الحيوانات أو الطيور أو السيارات كالحظائر والكراجات، أو كانت مخصصة لتقديم خدمات تعليمية كالمدارس والجامعات، أو خدمات صحية كالمستشفيات والعيادات، أو

(339)السنهوري، ج1، المرجع السابق، بند 714، ص1213.

(340)العطار، تشريعات تنظيم البناء، المرجع السابق، بند 3، ص 8 9، وبند 52، ص123.

(341)انظر قريباً من ذلك ياقوت، المرجع السابق، ص83؛ يسن، المرجع السابق، ص659؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص223.

(342)شنب، المرجع السابق، بند 107، ص162؛ عبد الرازق يسن، المرجع السابق، ص661.

(343)حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة على بناء تم تشييده من الزجاج بقصد المحافظة على بعض النباتات والزهور، مشار إليه في ناجي ياقوت، المرجع السابق، هامش 172، ص83.

(344)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 6، ص107.

بهدف الترويج والتسلية كالمسارح والملاهي وما إلى ذلك من الأبنية المعـــدة لأداء أغراض معينه تقضي مختلف حاجات المجتمع(345).

كما لا يهم ما إذا كان البناء قد شيد فوق سطح الأرض أو تحتها كالملاهي والأدوار السفلية التي تبنى تحت سطح الأرض(346).

أيضاً لا عبرة بالدور الذي قام به المهندس أو المقاول في تشييد البنـــاء أو طريقة إنشائه سواء استعمل الأسلوب المعتاد القـــائم علـــى وضـــع التـــصميمات والمواصفات والتنفيد بمواد سواء من عنده أو من عند صاحب العمل، أو وقـــوف دور كل منهما عند مجرد التركيب والتثبيت في الأرض كما هو الحال في المساكن المسبقة الصنع(347).

وحاصل القول أن أحكام الضمان العشري تطبق على المباني أيـــاً كانـــت طبيعتها وشكلها ومكانها والمواد الداخلة في صنعها والغرض من إنشائها والقيـــد الوحيد في ذلك هو الثبات والاستقرار أي أن تكون ثابتة في الأرض ومتصلة بهـــا اتصال قرار، فإذا كان بالإمكان نقلها من مكان لآخر دون تلف أو هدم، فلا تطبق عليها أحكام الضمان العشري بل تخضع لأحكام القواعد العامة فـــي المـــسؤولية العقدية، أو التقصيرية بحسب الأحوال.

2.1.1.2.2 طبيعة أعمال البناء التي تسري عليها أحكام الضمان

يثير هذا البند مسألة طبيعة الأعمال التي تسري عليهـــا أحكـــام الـــضمان العشري(348)، فهل هي فقط تلك الأعمال المحصورة بالقيام بأعمال البناء الجديـــدة، أي البدء في إقامة أبنية جديدة من البداية إلى النهاية، وهذا هو المفهوم الطبيعـــي

---

(345)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند1 6، ص107؛ شنب، المرجـــع الـــسابق، بنـــد 107، ص162 الدوري، المرجع السابق، ص157 ويشير إلى عبد الرازق عبد الوهـــاب، فـــي مقالـــة لـــه بعنـــوان "المسؤولية المدنية في القانون السويسري" مجلة القـــضاء عـــدد2، ســـنة 35، 1970، ص35 36 العطار، المرجع السابق، بند 52 -3، ص123؛ يسن، المرجع السابق، ص660؛ اليعقـــوب، المرجـــع السابق، بند 223 -224.

(346) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص72؛ ياقوت، المرجع السابق، بنـــد 3، ص84 السنهوري، المرجع السابق، بند 61، ص108؛ السرحان، المرجع السابق، ص59.

(347)الهامش السابق، أيضاً يسن، المرجع السابق، ص662 -663؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص224.

(348)انظر بالتفصيل حول الأعمال التي تجري على البناء ومدى خضوعها لأحكام الضمان العشري، بلال، المرجع السابق، ص575 -580.

للبناء. أم الأخذ بالمفهوم الواسع للبناء بحيث يشمل بالإضافة للأبنية المقامة أعمالاً أخرى كالتعلية والتعديل والتجديد والتوسيع والترميم وتقوية الأجزاء المتداعية وعليه فقد اختلف الفقه حول البناء المقصود لغايات تطبيق أحكام الضمان العشري.

فقد ذهب جانب من الفقه[349] إلى أن أحكام الضمان العشري لاتسري إلا على العمليات الإنشائية الجديدة بحيث يقتصر عليها وحدها تطبيق تلك الأحكام ماعدا ذلك من أعمال كالسابق ذكرها لا تخضع لتلك الأحكام وإنما تحكمها القواعد العامة في المسؤولية العقدية.

أما غالبية الفقه[350] فيذهب إلى أن جميع الأعمال السابقة والمتعلقة بالبناء تسري عليها أحكام الضمان العشري، والحكمة من ذلك أن الأخذ بالمعنى الواسع يحقق قصد المشرع في تشديد الحماية القانونية وتعزيزها بتوسيع نطاق المحل الذي تحميه هذه المسؤولية وذلك تحقيقاً لصالح صاحب العمل والصالح العام بالمحافظة على اقتصاده والمحافظة على أمن المجتمع وسكينته، كما أن هذه الأبنية قد تكون أحياناً من الجسامة والأهمية بحيث تفوق أعمال البناء الجديدة أي المشيدة من الأساس من حيث التكلفة[351].

أيضاً يتساءل جانب آخر من الفقه مثلاً إلى أنه في حالة حدوث خلل في العقار بعد تسليمه إلى صاحب العمل بتسع سنوات وكان خاضع لإصلاحات خاصة به، هل يمكن ضمان هذه الإصلاحات ضماناً عشرياً - وهو ما لم ينازع فيه أحد - أم أنها إصلاحات قد تمت على عقار قائم منذ تسعة سنوات وليس بشأن عمليات إنشاء جديدة وعليه لا تكون تلك الإصلاحات خاضعة لأحكام الضمان العشري وهذا ما لم يقل به أحد[352].

---

(349) سرور، المرجع السابق، بند 188، ص212 -213، أيضاً بند 189، ص214 -216.

(350)شنب، المرجع السابق، بند 107، ص 163؛ السنهوري، ج1، المرجع السابق، هامش 2، بند 61،ص107؛ الدوري، المرجع السابق، ص160؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص121؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 36، ص93 94، أبو علم، مصطفى ، المرجع السابق، ص27 28، العطار، المرجع السابق، ص908 أيضاً123 124؛ عنبر، المرجع السابق، ص62.

(351)انظر بالتفصيل سند الفقه في ذلك:يسن، المرجع السابق، ص665 -667 .

(352) سرور، المرجع السابق، بند 239، ص264 -265، أيضاً آخر بند 188، ص213.

كما يعزز هذا الرأي أن المشرع الأردني قد ساوى بين هذه الأعمال على اختلاف أنواعها وبين أعمال البناء الجديدة باشتراطه ضرورة الحصول على ترخيص بالقيام بها من الجهة الإدارية المختصة وذلك طبقاً للمادة (35) من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (79) لسنة (1966)، وهذا يدل على اتجاه إرادة المشرع نحو توحيد المعاملة بالنسبة لكل هذه الأعمال لا فرق في ذلك بين ما هو جديد منها وما هو قديم وذلك توخياً لتحقيق الحكمة من تطبيق أحكام الضمان، وهذا ما استقر عليه القضاء الأردني حيث أخذ بالمفهوم الواسع للبناء[353].

ومع ذلك فهناك أعمال لا تندرج ضمن المفهوم الواسع للبناء كأعمال الصيانة البسيطة وأعمال الدهان والزخرفة والزينة والبياض، فكل هذه الأعمال لا تخضع لأحكام الضمان العشري بالتالي لا تستفيد من هذه الحماية الخاصة ولعل السبب في ذلك هو أن هذه الأعمال ليس من شأنها تهديد متانة البناء وسلامته باعتبار أنها لا تدخل في هيكل البناء أو في الأجزاء الرئيسية منه فهي تفتقر إلى أي تأثير خطر على البناء، وهذا ما أجمع عليه الفقه[354].

ومع ذلك فإن هناك جانب من الفقه[355] يرى خلاف ذلك؛ أي خضوع تلك الأعمال لأحكام الضمان العشري طالما وجد الضابط الذي يمكن بموجبه خضوعها لتلك الأحكام ألا وهو حدوث التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور العيب الذي يعتد به في تطبيق تلك الأحكام، وعليه فإنه متى توافر هذا الضابط يمكن القول بخضوع تلك الأعمال لأحكام الضمان العشري.

وفي رأينا أنه يمكن استبعاد تلك الأعمال من نطاق أحكام الضمان العشري وذلك لنفس السبب الذي قال به أصحاب الرأي السابق، حيث أن المناط المأخوذ به هو حدوث تهدم كلي أو جزئي أو ظهور العيب المعتد به في البناء، ولا يمكن تصور أن أعمال الدهان أو الديكور من شأنها أن تحدث مثل هذا التهدم أو العيب

---

(353)تمييز حقوق 25/ 84 مجلة نقابة المحامين، سنة1984، ص981.

(354)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 61، ص107؛ العطار، المرجع السابق، بند 52 -40، ص12 سرور، المرجع السابق، بند 123، ص220؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص226.

(355) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص122.

لأنها ليست من قُبيل الأعمال الكبيرة الأساسية التي تدخل في العملية الإنــشائية أو من قبيل العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال عن البناء دون تلف.

ولو تصورنا حدوث مثل هذا التهدم أو العيب فإنه يكون بمناسبة أداء هــذه الأعمال وليس بسببها المباشر، كما في حالة أن تنكسر الماسورة التي توصل الماء إلى المنزل كسراً داخلياً في أسفل البناء حيث يترتب على ذلك الكسر أن ينــساب الماء إلى أساسيات البناء فينتج تشققات خطيرة بالبناء تظهر بعد تمام تسلمه عندها تكون سبباً في تطبيق أحكام الضمان العشري[356].

3.1.1.2.2 مدى خضوع العقار بالتخصيص لأحكام الضمان العشري

العقار بالتخصيص[357] هو منقول بطبيعته يرصد لخدمة عقــار ومنفعتــه ويكون ثابتاً في الأرض، وقد انقسمت الآراء حول مدى خضوعه لأحكام الضمان العشري إلى ثلاثة آراء.

فقد ذهب رأي إلى أن العقار بالتخصيص ليس من قبيل المنــشآت الثابتــة وعليه فإذا ما حدث خلل فيه فإنه لا يخضع لأحكام الضمان العشري بل يخــضع وفقاً للقواعد العامة بحسب ما إذا كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية[358] وقد اعتبر الأستاذ السنهوري أن المصعد على سبيل المثال - يعتبر منشأً ثابتاً على الــرغم من حركته صعوداً وهبوطاً بحجة أن هذه الحركة لا تتعدى دائرة محدودة، فهي إذاً ليست بالحركة الحرَّة المطلقة وبالتالي فلا تخضع لأحكام الضمان العشري، ويبدو من ذلك أن الأستاذ السنهوري لم يعتبره عقاراً بالتخصيص بدليل أنه تحدث عــن العقار بالتخصيص بعد أن فرغ من حديثه عن المصعد، باعتباره مما يسهل فكــه ونقله بسهولة[359].

---

(356)انظر يسن، المرجع السابق، ص671.

(357)نصت المادة(59) من القانون المدني الأردني على أنه " يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رصداً على خدمته واستغلاله ويكون ثابتاً في الأرض".

(358)انظر الدوري، المرجع السابق، ص160.

(359)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 61، ص107، هامش 1.

أما البعض الآخر، فقد ذهب إلى أن العقار بالتخصيص متى رصد لخدمة العقار وثبت به أُعتبر عقاراً ويسري عليه ما يسري على العقار من أحكام وبالتالي فإنه يخضع لأحكام هذه المسؤولية(360).

وهناك رأي ثالث، يرى ضرورة التفرقة بين الأجزاء التي يمكن فكها ونقلها دون تلف من العقار بالتخصيص، وهذه بدورها ترجع إلى طبيعتها المنقولة وعليه تخضع للقواعد العامة، وبين الأجزاء الأخرى التي لا يمكن فكها بسهولة عن العقار فتأخذ حكمه وبالتالي تخضع لأحكام الضمان العشري(361).

ويبدو لنا أن إخضاع العقار بالتخصيص لأحكام الضمان العشري أمر ضروري وذلك لأن العيب الذي يلحق بالعقار بالتخصيص قد يهدد سلامة البناء ومتانته وإن لم يؤدي إلى حدوث تهدم كلي أو جزئي، أيضاً في كثير من الأحيان يكون العقار بالتخصيص من الأهمية الوظيفية بحيث لا يمكن أن يؤدي العقار وظيفته بدونه، مثل أعمال التدفئة والتكييف في بلاد شديدة البرودة أو الحرارة بالتالي يترتب على تعيب العقار بالتخصيص جعل البناء غير صالح لتأدية الغرض الذي أنشئ من أجله(362).

ومن المهم في هذا المجال ذكر موقف التشريع الفرنسي الذي وسَّع من نطاق الأعمال الخاضعة للمسؤولية لتشمل ما اسماه بالعناصر التجهيزية غير قابلة للانفصال وهي ذاتها العقار بالتخصيص(363).

أما العناصر التجهيزية الملحقة بالمبنى والتي لا تشكل جسماً غير قابل للانفصال كالمصاعد والشبابيك والأبواب فقد استحدث المشرع الفرنسي لها في المادة (1792/ 3) بفقرتيها الثالثة والرابعة نوعاً من المسؤولية الخاصة اسماها

---

(360) سرور، المرجع السابق، ص299؛ ياقوت، المرجع السابق، ص85 86؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 73؛ شنب، المرجع السابق، بند 107، ص 163.

(361)يسن، المرجع السابق، ص673.

(362)أنظر اليعقوب، المرجع السابق، ص228؛ يسن، المرجع السابق، ص674.

(363)نصت المادة 2/1792 من القانون المدني الفرنسي على أن " الأضرار التي تؤثر في متانة عناصر التجهيز في المبنى إذا كانت هذه العناصر تشكل جسماً على نحو غير قابل للانفصال مع أعمال المنافع العامة للمبنى أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيسه، أو بأسواره أو بمظلاته".

ضمان حسن أداء العناصر التجهيزية في البناء والقابلة للانفصال عنه ومدة هذه المسؤولية سنتان على الأقل من تاريخ العمل أو التشغيل(364).

هذا التطور التشريعي في القانون الفرنسي والذي وسع من نطاق الأعمال الخاضعة لهذه المسؤولية حقق اعتبارات عملية تواكب التطور التقني في مجال البناء، كاستخدام عناصر البناء المعماري المصنعة، وهي من المنقولات ودور المقاول في هذا المجال يقتصر على تجميع هذه المنقولات مسبقة الصنع وتثبيتها بالعقار، وبالتالي لا بد من خضوعها لأحكام الضمان العشري. ونتمنى على المشرع الأردني في هذا المقام - أن يسير على نهج المشرع الفرنسي، وذلك لأن هذه العناصر سواء قابلة للانفصال أو غير قابلة للانفصال هي التي تمكن من الانتفاع بالعقار، وخضوعها لتلك الأحكام يؤدي إلى حماية أصحاب العمل ضد الأضرار والمخاطر التي قد تنتج عن الإهمال لها، وهذا النهج يؤدي بالنتيجة إلى حث كل من المقاول والمهندس على بذل كل جهد وعناية ممكنة في عملهما مما يعود بالنفع على صاحب العمل بصفة خاصة وعلى المجتمع بصفة عامة(365).

ومع ذلك يمكن للمحاكم الأردنية التوسع في تفسير مفهوم المباني والمنشآت بحيث تشمل العناصر التجهيزيه كالمصاعد وأجهزة التكييف وما إلى ذلك من الأجهزة التي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من البناء في العصر الحديث.

2.1.2.2 إقامة المنشآت الأخرى

لم يقتصر المشرع الأردني في تطبيق أحكام الضمان العشري على البناء فقط وإنما طبقه على المنشآت الأخرى فجاءت العبارة في المادة (788) من القانون المدني الأردني بفقرتها الأولى "فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ..".

لذا فإن أول ما يطالعنا في هذا الفرع هو التعرف على ماهية هذه المنشآت الأخرى ومن ثم التعرف على نوعية المنشآت التي تدخل في نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري وذلك ضمن بندين متتالين.

---

(364) اليعقوب، المرجع السابق، ص229؛ أنظر بالتفصيل حول ذلك: يسن، المرجع السابق، ص886-887.

(365) ياقوت، المرجع السابق، ص87 88.

1.2.1.2.2 التعريف بالمنشآت الأخرى

في الحقيقة لا تختلف المنشآت الأخرى عن المباني من حيث التكوين فكلاهما قد يقام من الحديد أو الخشب أو الأسمنت أو الحجر أو غير ذلك، كما أن كلاهما يتميز بالارتباط بالأرض والثبات فيها[366].

إلا أن الاختلاف بينهما ينصب على الوظيفة التي يؤديها كل منهما: ففيما تقتصر وظيفة البناء على إيواء الإنسان أو الحيوان أو بضائعه أو ممتلكاته وتوفر له الحماية ضد المخاطر الناجمة عن المؤثرات الطبيعية، فإن المنشآت الأخرى تيسر للإنسان انتقاله من مكان إلى آخر، كالشوارع والجسور والإنفاق والسكك الحديدية والجسور والمطارات، أو تيسر عليه سبل معاشه كالسدود والقنوات والخزانات والآبار[367]، أو توفر له الراحة كأرصفة محطات السكك الحديدية والملاعب الرياضية وبرك السباحة[368]، أو تيسر له سبل اتصاله كقواعد الأعمدة وأبراج الاتصالات السلكية واللاسلكية وغير ذلك[369].

إذاً هناك جانب تكويني لتلك المنشآت بالإضافة إلى الجانب الوظيفي لها. من ذلك كله يتضح لنا أن الجانب التكويني لا يمكنه تمييز المباني عن المنشآت الأخرى عكس الجانب الوظيفي الذي فيه اختلاف واضح يميز بين المباني والمنشآت الأخرى.

ومن هذا المنطلق فقد عرف جانب من الفقه المنشآت الأخرى على أنها " كل عمل أقامته يد الإنسان ثابتاً في حيزه من الأرض، متصلاً بها اتصال قرار عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أياً كان نوعها - ربطاً غير قابل للفك، بحيث ييسر على الإنسان سبل انتقاله أو سبل معاشه[370].

كما عرفها جانب آخر من الفقه على أنها "كل ما تنتجه طاقة الإنسان ويشبه من الوجهة الاقتصادية المباني، ويمكن أن يؤدي العيب في إنشائها أو النقص في

---

(366) اليعقوب، المرجع السابق، ص230.

(367)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 61، ص108 يسن، المرجع السابق، ص483.

(368)العطار، المرجع السابق، ص123.

(369)شنب، المرجع السابق، بند 107، ص163؛ سرور، المرجع السابق، بند 191 216.

(370) يسن، المرجع السابق، ص681 -682.

صيانتها إلى ضرر مماثل للضرر الذي يمكن أن يحدث من العيب في إنشاء البناء أو النقص في صيانته"[371].

ومِمَّا ذكر تبين لنا أن المشرع الأردني أورد لفظ المنشآت الأخرى، ولم يورد لفظ منشآت ثابتة كما فعل المشرع المصري، إذ كان من المتوجب وصف المنشآت بأنها ثابتة، حيث لا يمكن القول أن المشرع قصد شمول أحكام الضمان العشري للمنشآت الثابتة وغير الثابتة حيث أن وصف الثبات في الأرض يشكل ركناً أساسياً في وصف المحل الذي تسري عليه أحكام الضمان العشري، ويؤمُل أن يتدارك المشرع الأردني هذا القصور مستقبلاً.

2.2.1.2.2 نوعية المنشآت الأخرى التي تدخل في نطاق تطبيق أحكام الضمان

الإجماع منعقد على أن المنشآت المقامة فوق سطح الأرض إضافة للمباني تخضع لأحكام الضمان الخاص بالمقاول والمهندس، فلم نلمس أي خلاف لا في الفقه ولا في القضاء الأردني حول ذلك، بل إن الخلاف ثار حول المنشآت التي تنشأ في مستوى الأرض كرصف الشوارع وتعبيد الطرق والمطارات والملاعب الرياضية أو تحتها مثل حفر الآبار والأنفاق وشبكات الصرف الصحي وقنوات الري المغطاة[372].

فهناك رأي يقول بعدم خضوع تلك المنشآت لأحكام الضمان العشري في حالة التهدم الكلي أو الجزئي أو التعيب، ليكون الحكم فيما يتعلق بها إلى القواعد العامة في المسؤولية سواء العقدية منها أو التقصيرية على حسب الأحوال، وحجتهم في ذلك أن النصوص تتكلم عن تشييد مبان وإقامة منشآت أخرى، والإقامة تعني الارتفاع فوق سطح الأرض بالتالي لا يمكن اعتبار تلك الأعمال من قبيل تشييد المباني وإقامة المنشآت[373] كما أن قانون التأمين الإجباري في مصر قد قصر مسؤولية المهندس والمقاول على الأضرار التي تلحق بالغير، الأمر الذي

---

(371)الدوري، المرجع السابق، ص161 -162.

(372)السرحان، المرجع السابق، ص59؛ ياقوت، المرجع السابق، ص88 -89؛ يسن، المرجع السابق، ص685.

(373)اليعقوب، المرجع السابق، ص233؛ شنب، المرجع السابق، بند 107، ص163؛ يسن، المرجع السابق، ص687.

يفترض معه وجود بناء مقام فوق الأرض بحيث يلحق تهدمه الكلي أو الجزئي أضراراً بالغير[374].

أما غالبية الفقه[375]، فيرى سريان أحكام الضمان العشري على هذه الأعمال سواء أنشئت فوق الأرض أو تحتها أو في مستواها لأن النصوص ذكرت إقامة المنشآت، ولم تشترط أن تكون هذه المنشآت فوق سطح الأرض أو تحتها.

كما أنه ومن الناحية اللغوية فإن فعل "أقام" وإن كان معناه يدل على العلا والارتفاع، إلاّ أنه يدل أيضاً على الإيجاد فأقام الشيء يعني أوجده[376].

ويذهب جانب من الفقه إلى أن الحجة السابقة المستمدة من قانون التأمين الإجباري "تتضمن المصادرة على المطلوب، إذ أن المطلوب هنا ليس هو تبرير موقف المشرع المصري في قانون التأمين الإجباري من هذه المسؤولية بل هو معرفة هل تخضع مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن الأعمال المتعلقة بهذا النوع بالذات من المنشآت الثابتة العقارية للقواعد الخاصة محل البحث". كما أن حماية صاحب العمل في عقد المقاولة المتعلق بهذه الأعمال العقارية يقتضي عدم قبول وجهة النظر هذه[377].

وهناك رأي ثالث يتوسط الأمر[378]، حيث يرى أنه لا يجب أن يؤخذ الرأي على إطلاقه، فهناك الأبنية التي يمكن تشييدها والمنشآت التي تقام تحت سطح الأرض كمحطات السكك الحديدية والأنفاق والملاجئ، حيث تخضع هذه المباني لأحكام الضمان العشري.

---

(374)نزيه المهدي، دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص12.

(375)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند61، ص108؛ أبو علم، المرجع السابق، ص27؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 34، ص89، هامش 187، سرور، المرجع السابق، بند 190، 191، ص215-218 منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص121-122؛ العطار، المرجع السابق، هامش1 ص124؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص234.

(376)الفيروز، أبادي، القاموس المحيط، ج4، الطبعة الثانية، مطبعة الباب الحلبي، مصر، 1952، باب الميم، الفصل الثاني، ص170.

(377) ياقوت، المرجع السابق، هامش 187، ص89 91.

(378) الدوري، المرجع السابق، ص164-166.

بينما هناك صنف من هذه المباني وهي المقتصرة على الحفر فقط كحفر الآبار أو شق الترع أو مصرف مياه، دون أن يدخل في هذه الأعمال أعمال أخرى يتجلى فيها الفن المعماري المقصود بأحكام الضمان العشري مثل الحفريات أو عمل جدران لها وتغطيتها سواء بالأسمنت أو الحديد أو الحجر أو غيرها[379].

والحجّة في ذلك انتفاء الحكمة من تطبيق أحكام الضمان العشري بالمهندس والمقاول والمتمثلة بحماية صاحب العمل حيث أن التهدم في مثل هذه الأعمال يسهل كشفه من قبل صاحب العمل مهما كانت خبرته قليلة في مجال الإنشاءات، كما أن هذه العيوب غالباً ما تكون من العيوب الظاهرة التي يغطيها التسلم[380].

هذه مجمل الآراء حول هذا الموضوع، ونخلص منها إلى أننا نتفق تماماً مع رأي الغالبية من الفقه والتي ترى إخضاع المنشآت الأخرى إلى جانب البناء لأحكام الضمان الخاص بالمقاول والمهندس سواء أقيمت على سطح الأرض أو تحتها.

وعليه فإن بناء السفن لا يعتبر منشأً ثابتاً، بالتالي لا يمكن إخضاعه لاحكام الضمان العشري[381]، وبالتالي يسأل المقاول في حالة حدوث أي تهدم كلي أو جزئي أو عيب في مثل هذه المنشآت الأخرى الثابتة خلال عشر سنوات من وقت تسليم تلك المنشآت.

2.2.2 ماهية الضرر الذي يصيب المباني المنشآت

تقضي المادة (788) من القانون المدني الأردني بفقرتها الأولى بمسؤولية كل من المقاول والمهندس عن كل "تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته .."

وتعقيباً عمّا سبق فقد تبين لنا أن مسؤولية المقاول والمهندس لا تغطي جميع الأضرار التي قد تلحق بالبناء أو المنشأ؛ بل إن الضرر المراد تغطيته بهذه

(379) اليعقوب، المرجع السابق، ص234؛ يسن، المرجع السابق، ص690

(380)المرجع نفسه.

(381)شنب، المرجع السابق، بند107، ص163.

المسؤولية هو الذي يتمثل في التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو المنشأ، كما يتمثل في العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته.

ولتوضيح جوانب هذا الجزء سنتناول ضمن نقطتين مستقلين حالة التهدم الكلي أو الجزئي ثم العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته.

1.2.2.2 حالة التهدم الكلي أو الجزئي

إن تهدم البناء بصورتيه يمثل أهم وأوضح صور العيوب التي قد تلحق بالبناء ويترتب عليها ضررٌ بالغٌ بصاحب العمل، لذلك فهو من أهم أسباب قيام هذه المسؤولية.

لذلك سوف نتحدث في هذه النقطة عن تعريف التهدم ومن ثم عن أسباب هذا التهدم.

1.1.2.2.2 تعريف تهدم البناء

إن المراد بالتهدم[382] الذي يترتب على حصوله قيام مسؤولية كل من المقاول والمهندس هو انحلال الرابطة التي تربط بين أجزاء البناء؛ بمعنى آخر حدوث انفصال في أجزاءه البناء[383] سواء كان انفصالاً كلياً وترتب عليه تهدم البناء برمته، أو انفصالاً جزئياً يؤدي إلى تهدم بعض البناء[384].

لكن بعض الشراح[385] قد توسَّع في تفسير معنى التهدم، فاعتبروا التهدم الجزئي أو الكلي القرار الصادر عن الجهات الفدرالية المختصة بهدم البناء جزئياً أو كلياً بسبب خطأ المقاول أو المهندس الناتج عن مخالفة ما تفرضه القوانين والتعليمات والأنظمة المنظمة لأعمال البناء كتجاوز الارتفاع المسموح به أو بسبب الإرتدادات القانونية أو بسبب التعدي على حق ارتفاق الغير أو أرضه

---

(382)القاموس المحيط، للفيروزي أبادي، ج، المرجع السابق، 4، ص190.

(383) يسن، المرجع السابق، ص697؛ شنب، المرجع السابق، بند 108، ص163.

(384) الدوري، المرجع السابق، ص145؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص237.

(385) الدوري، المرجع السابق، ص149؛ اليعقوب، المرجع السابق، 238.

ففي الحالات السابقة يكون التهدم واقع دون شك وإن كان وقوعه يتراخى إلى المستقبل.

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فإنه عندما عالج هذه المسألة جاء النص صريحاً، حيث استخدم كلمة تهدم بشكل صريح فكان لفظاً واضح الدلالة على المعنى الذي وضعه المشرع. بالإضافة لما سبق فلم يتطلب المشرع الأردني كماً معيناً للتهدم لتطبيق أحكام الضمان العشري، سواءً أكان التهدم الحاصل كلياً أم جزئياً، وعليه فإن أحكام الضمان تقوم وتترتب المسؤولية على كل من المقاول والمهندس في حالة حدوث هذا التهدم كلياً بأن تقوض البناء أو المنشأ عن آخره أو في الغالب منه[386] أوكان التهدم جزئياً فقط أي عندما يكون قاصراً على جزء فقط منه دون باقي أجزاءه كسُقوط شرفه[387].

وقد اعتبرت محكمة التمييز الأردنية في إحدى قراراتها أن من قبيل التهدم الجزئي وجود عيب يؤثر على متانة البناء وذلك عندما قضت بأنه "إذا كان التشقق في البناء عند تسليمه عادياَ ولا يؤثر على متانة البناء وأن التشقق الذي حصل في السنة الأخيرة يعد عيباً يحتاج إلى إصلاح ومعلوم أن مثل هذا العيب والذي يؤثر على متانة البناء يعتبر تهدماً جزئياً، وأن القانون اعتبر التهدم الجزئي موجباً للضمان"[388].

كما أنه لا يشترط في التهدم محل مساءلة المقاول والمهندس أن يكون حالاً وواقعا فعلاً بل يكفي أن يكون أمراً مستقبلاً في حالة أن وقوعه لا محالة[389].

2.1.2.2.2 أسباب تهدم البناء

إن تهدم البناء يرجع إلى أسباب متعددة، فقد يكون سبب التهدم راجعاً إلى الأرض نفسها التي أقيم عليها البناء أو المنشأ كأن تكون غير صالحة للبناء بسبب طبيعتها الجيولوجية أو التكوينية[390].

---

(386) يسن، المرجع السابق، ص702.

(387) سرور، المرجع السابق، ص بند 195، ص221؛ منصور، المرجع السابق، ص123.

(388)تمييز حقوق 75/ 84، مجلة نقابة المحامين لسنة1984، ص1769 -1770.

(389) الدوري، المرجع السابق، ص146.

(390) يسن، المرجع السابق، ص698؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص239.

وهذا ما نصت عليه المادة (2/787) من القانون المدني الأردني، بأن مسؤولية المقاول والمهندس تتحقق ولو كان التهدم راجعاً إلى عيب في الأرض نفسها ولعل السبب في إقرار مسؤولية المقاول والمهندس عن تهدم البناء كلياً أو جزئياً - بسبب عيب في الأرض ذاتها هو أن هذا السبب من الممكن أن يلجأ إليه المقاول أو المهندس للتخلص من المسؤولية على اعتبار أن الأرض تعتبر سبباً أجنبياً لا يد للمقاول أو المهندس فيه لذلك جاء النص صريحاً على قيام مسئوليتهما في حال تهدم البناء بسبب يرجع إلى عيب في الأرض المقام عليها البناء.

ومع ذلك يجب أن يكون عيب الأرض مما يمكن كشفه بالفحص الفني الدقيق، أما إذا استحال كشفه فإنه لا يترتب عليه الضمان حيث يعتبر عندها من قبيل القوة القاهرة[391].

إذاً تبقى مسؤولية المقاول والمهندس قائمة في حال أن كان التهدم راجعاً إلى سبب في الأرض ذاتها ولو رضى صاحب العمل وقبل لهذا العيب، حيث أن هذا الرضى لا يعتد به، ولعل الحكمة من ذلك أن المقاول والمهندس كلاهما من أهل الخبرة والفن والاختصاص، ويعرفان ما قد ينتج من آثار مستقبلاً على هذا البناء وصاحب العمل غالباً ما يفتقر إلى هذه المعرفة والخبرة الفنية الدقيقة.

كما قد يكون سبب التهدم في الغالب راجعاً إلى عيب في التصميم ذاته، وذلك بسبب عدم مراعاة الأصول الفنية والهندسية والمعمارية[392].

والتصميم قد يضعه شخص آخر غير المهندس، كأن يضعه المقاول أو صاحب العمل نفسه، وعليه فإن واضع التصميم هو المسؤول عن عيوب تلك التصميمات[393] فإذ كان المهندس الذي وضع التصميم فهو المسؤول أمام صاحب العمل دون المقاول، إلا إذا كان العيب في التصميم واضحاً بحيث لا يخفى على مقاول مجرب ومتمتع بالخبرة الواسعة، حيث يسأل هنا المقاول بالتضامن مع المهندس في مواجهة صاحب العمل[394].

---

(391)المومني، المرجع السابق، ص237؛ أبو علم، المرجع السابق، ص280.

(392)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 66، ص119؛ الدوري، المرجع السابق، ص150.

(393)الشهاوي، المرجع السابق، ص163.

(394) يسن، المرجع السابق، ص699 -700.

كذلك قد يكون سبب التهدم راجعاً إلى عيب في المواد التي استخدمت في البناء، كأن تكون غير صالحة للبناء نتيجة رطوبة مثلاً أو غير كافية أو مخالفة للمواصفات والشروط العقدية، أو أن تكون من صنف رديء، عندها تقوم مسؤولية المقاول والمهندس تجاه صاحب العمل في حال حدوث تهدم كلي أو جزئي، بسبب عيب في المواد المستعملة في عملية البناء[395] حتى لو كانت المادة المعنية قد قدمها صاحب العمل حيث لا يعفى المقاول أو المهندس من هذه المسؤولية[396].

كما أنه هناك حالة عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليات المختلفة المكونة للبناء أو المنشأ، حيث أن كل عملية تحتاج إلى الوقت الكافي حتى يتم جفافها وتكتمل صلابتها ويقوى تماسكها، حتى تكون قادرة على حمل المراحل اللاحقة لها[397]، وعليه فإن لم تأخذ كل مرحلة حظها الكافي من الوقت فإن ذلك يؤدي إلى تهدم البناء.

وأخيراً قد يكون السبب في تهدم البناء هو عيب في عملية التشييد والبناء ذاتها، كأن تكون الجسور والجدران غير كافية لإقامة البناء أو مخالفة للأصول الفنية عند تنفيذ الأساسات أو وضع مواسير المياه[398]، أو عدم إحكام ربط قضبان حديد التسليح بحيث يترتب على ذلك أن تكون أجزاء البناء غير مترابطة وعليه تكون غير قادرة على حمل بعضها البعض وبالتالي حدوث تهدم في البناء[399].

إذاً المقاول والمهندس مسؤولان بالتضامن تجاه صاحب العمل عما يحدث من تهدم كلي أو جزئي في البناء خلال عشر سنوات من تسليمه، بغض النظر عن سبب هذا التهدم فالتزامهما هو التزام بتحقيق نتيجة معينة ألا وهي بقاء البناء قوياً ومتيناً سليماً خلال المدة التي حددها القانون ويثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد تحقق النتيجة، بغض النظر عن سبب تهدم البناء إلا إذا كان التهدم راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمقاول أو المهندس فيه.

---

(395)اليعقوب، المرجع السابق، ص239؛ يسن، المرجع السابق، ص699؛ الدوري، المرجع السابق، ص148.

(396) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص104، ص165.

(397)يسن، المرجع السابق، ص498.

(398)اليعقوب، المرجع السابق، ص239.

(399)يسن، المرجع السابق، ص697؛ الدوري، المرجع السابق، ص149.

2.2.2.2 حالة العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته

لا يشترط لقيام المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس حدوث تهدم كلي أو جزئي - فقط، إنما يكفي لقيامهما أن يلحق بالبناء عيب، أياً كان سبب هذا العيب، كما أن هذا العيب لا يؤخذ على إطلاقه، بل لا بد أن يكون على درجه من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء ومتانته. كذلك لا بد أن يكون هذا العيب خفي بحيث لا يتسنى لصاحب العمل كشفه عند تسلم البناء.

وعليه ارتأينا أن نتناول في الجزء أسباب العيب الموجب لتطبيق أحكام الضمان العشري ومن ثم يناقش شروط العيب.

2.2 .1.2.2 أسباب العيب الموجب لتطبيق أحكام الضمان العشري

بداية يقصد بالعيب الموجب للضمان الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة والذي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن خلوها منه[400].

هذا مع عدم الخلط بين العيب بهذا المفهوم وبين عدم مطابقة العمل للمواصفات المتفق عليها في العقد، فقد يكون العقار المشيد خالياً من العيوب لكنه غير مطابق لتلك المواصفات[401] وتتعدد أسباب العيوب الموجبة للضمان، فقد يكون السبب راجع إلى الأرض نفسها كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات[402] وعليه لا بد من دراسة الأرض ويتفق الإجماع الفقهي[403] على أن دراسة التربة وفحصها تقع على عاتق المهندس لما يتوافر لديه من خبرة فنية في هذا المجال. ولكن يشترط هنا أن يكون هذا العيب في الأرض من السهولة اكتشافه فإذا استحال ذلك اعتبر من قبيل القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولاً عنه[404].

---

(400)ياقوت، المرجع السابق، بند 39، ص97.

(401)المرجع نفسه، بند 39، ص98؛ يسن، المرجع السابق، هامش (1)، ص704.

(402)البكري، المرجع السابق، ص172.

(403)غيث، فتحي ، قانون المهندس، دار المعرفة، 1960، ص54؛ سرور، المرجع السابق، بند 57 - 58 ص81 -82؛ شنب، المرجع السابق، بند 113، ص 176 - 177.

(404)المومني، المرجع السابق، ص237؛ الزقرد، المرجع السابق، ص133.

هذا وتبقى مسئولية المقاول والمهندس المشرف قائمة بالتضامن حتى لو كان الخلل أو التهدم راجعاً إلى عيب في الأرض ذاتها أو حتى ولو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة وهذا ما ورد عليه النص صراحة في المادة (788) في فقرتها الثانية من القانون المدني الأردني.

كما قد يكون العيب راجعاً إلى خطأ في التصميم الذي يقوم بإعداده المهندس، كما يجوز أن يعده المقاول بنفسه ويقوم بتنفيذه وعندها يكون هذا الأخير مسئولاً عن هذا العيب[405]. أيضاً قد يكون سبب العيب راجعاً إلى المواد المستخدمة في البناء كأن تكون رديئة النوع أو أن تكون استعملت بشكل مغاير للاتفاق بين صاحب العمل والمقاول والمهندس[406]. أو يكون العيب ناشئاً عن عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة والمعتادة ضد الحريق[407].

أما العيب الذي يكون سببه راجعاً إلى الصنعة نفسها، كأن تقضي الصنعة بجعل الأساس بسمك معين ليكون كافياً لإقامة البناء عليه ولا يجوز أن يكون أقل منه وإلاّ أدى إلى ظهور العيب[408].

وأخيراً قد يكون سبب العيب راجعاً إلى خطأ في التنفيذ، والتنفيذ هنا يشتمل على عمليتين هما عملية ذهنية يختص بها المهندس واضع التصميم والمقاسات وعملية مادية وهي تنفيذ المقاول لمضمون العقد[409].

كما قد يشارك المهندس المقاول بالتنفيذ وذلك بالإشراف عليه ومراقبته أثناء عملية التنفيذ، والخطأ في التنفيذ قد يكون خطأ في تنفيذ التصميم[410] وقد يكون خطأ في استخدام المواد سواء فيما يتعلق بالكم أو بالكيف[411]، وفي كلا الحالتين يسأل المهندس إذا أهمل في الإشراف على التنفيذ.

---

(405) الدوري، المرجع السابق، ص167.

(406)شنب، المرجع السابق، بند 108، ص165؛ المومني، المرجع السابق.

(407) مرسي، المرجع السابق، ص499.

(408)الدوري، المرجع السابق، ص160.

(409) يسن، المرجع السابق، ص774 - 775.

(410) سرور، المرجع السابق، بند 87، ص115؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 41، ص101.

(411)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 45، ص81 85.

أيضاً قد يكون الخطأ متمثل في عدم اتباع التعليمات ومخالفة قواعد وأصول الفن وما تقضي به القوانين والأنظمة[412].

ويرى جانب من الفقه أن المهندس بوضعه تصاميم مخالفة للقوانين والأنظمة وعلى فرض أنها تؤدي إلى إلحاق ضرر بصاحب العمل لما تؤول إليه الحالة من تدخل سلطات التنظيم بالهدم أو تدخل أصحاب الحقوق بالمطالبة بالتعويضات فإن مساءلة المهندس إنما تكون وفقاً للمبادئ العامة في المسئولية وليس وفقاً للقواعد الخاصة بمسئولية المقاول والمهندس الواردة في المواد (787 إلى 791) من القانون المدني الأردني[413].

أما مخالفة المهندس لقواعد الفن المعماري ومقتضياته فإنه يسأل عنها وفقاً لأحكام الضمان العشري باعتبارها من عيوب التصميم التي يسأل عنها[414].

أيضاً عند تنفيذ المقاول البناء بشكلٍ مخالفٍ لقوانين التنظيم وشروط الترخيص فإن ذلك يجعله يقوم بالعمل خلافاً لقانون تنظيم المدن والقرى والأبنية ويوجه إليه إخطار التنفيذ كما جاء في المادة (38/أ) من هذا القانون ويترتب عليه إزالة المنشآت المقامة خلافاً لذلك[415].

2.2.2.2.2 الشروط الواجب توافرها في العيب الموجب للضمان

تقضي المادة (788)من القانون المدني الأردني بمسئولية المقاول والمهندس عن العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته وعليه فإن جسامة العيب متمثلة بتهديد سلامة البناء ومتانته قد جاءت شرطاً صريحاً في نص المادة المذكورة سابقاً لتطبيق أحكام الضمان العشري[416].

---

(412) الدوري، المرجع السابق، ص174؛ يسن، المرجع السابق، ص784.

(413)المومني، المرجع السابق، ص344.

(414)المومني، المرجع السابق، ص242.

(415)أنظر حول ما يتضمنه الإخطار وكيفيته والخطوات الواجب اتخاذها لإعادة الأرض كما كانت عليه هي قبل التعمير المادة (3/38) من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (79) لسنة 1966.

(416)يقابلها المادة (3/651) من القانون المدني المصري.

كما أن الفقه قد أضاف شرطاً آخر مستوحيا من القواعد العامة وهو أن يكون العيب خفياً بحيث لا يستطيع صاحب العمل كشفه عند التسلم. وعليه سوف نتناول هذين الشرطين بالدراسة كلاً على حده.

الشرط الأول: خطورة العيب

يجب أن يكون العيب الموجب للضمان جسيماً بحيث يكون مؤثراً على متانة البناء والسبب في ذلك هو أن المشرع لم يقتصر في أحكامه حدوث التهدم الكلي أو الجزئي لتطبيق أحكام الضمان العشري بل امتدت لتشمل كل ما يلحق بالبناء المشيد من عيوب وإن لم تجعله يتهدم (كلياً أو جزئياً) بل يكفي أن تكون على درجة من الخطورة لا يستهان بها بحيث تهدد متانة البناء وسلامته وهذا ما استقر عليه الفقه[417].

وهذه العيوب قد تلحق في البناء في مجموعة أو تصدعات في الأسقف أو الجدران أو الخطأ في تركيب أنابيب مياه الشرب أو التكيف المركزي إلى غير ذلك من العيوب الجسمية وقد تقع هذه العيوب في بعض الأجزاء الرئيسية من البناء كالأساسات أو الأعمدة[418].

وعليه فإذا كان العيب في الدهان أو الزخرفة مثلاً أو غير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه تهديد سلامة البناء أو متانته فإنه لا يوجب الضمان العشري[419] بل يتخلص من مسئوليته المقاول والمهندس بمجرد حصول تسليم البناء[420]، وهذا ما تقتضيه برأينا السياسة التشريعية حيث أن أحكام الضمان العشري جاءت بصورة استثنائية اقتضتها اعتبارات معينة لذلك كان بديهياً أن

---

(417)أبو علم، المرجع السابق، ص27؛ الدوري، المرجع السابق، ص202، عنبر، عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 151، ص174؛ سرور، المرجع السابق، بندي 197، 198، ص223، 224؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، 125.

(418)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 65، ص113، 114؛ العطار، المرجع السابق، بند 52 - 4، ب، ص124؛ شنب، المرجع السابق، بند 108، ص164.

(419) البكري، المرجع السابق، ص173؛ مغبغب، المرجع السابق، ص122؛ ياقوت، المرجع السابق، ص121؛ عبدالقادر، عقد المقاولة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية،بالمنيا، 2001، ص146.

(420) مرسي، المرجع السابق، بند 597 ص499؛ أبو علم، المرجع السابق، ص27؛ المومني، المرجع السابق، ص229.

تكون هذه العيوب على درجة من الجسامة والخطورة بحيث تبرر هذا الاستثناء، فإذا ما كانت تلك العيوب لا يمكن لها أن تؤدي إلى تهديد متانة البناء وسلامته فلا يعتد بها في تطبيق أحكام الضمان العشري.

ومسألة مدى اعتبار العيب مهدداً سلامة البناء أم لا مسألة واقع يختص بتقديرها قاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة على حده بما له من سلطة تقديرية على الواقع ومستعيناً برأي الخبراء في هذا المجال[(421)].

الشرط الثاني: خفاء العيب

يكاد ينعقد إجماع الفقه[(422)] على أنه يشترط لتحقق الضمان العشري أن يكون العيب خفياً بحيث لا يكون في استطاعة صاحب العمل اكتشافه وقت التسلم.

أما إذا كان ظاهراً ومعروفاً فلا يسأل المقاول والمهندس عنه ما دام صاحب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له[(423)]، وتقدير ما إذا كان العيب الموجب للضمان خفياً أو ظاهراً مسألة موضوعية يترك تحديدها لقاضي الموضوع[(424)].

فمجرد تسلم صاحب العمل البناء دون إبداء تحفظات يعتبر قرينه على عدم معرفة العيب، ويقع على عاتق صاحب العمل يقع عبء إثبات عدم تبينه للعيب أو علمه به وعلى المهندس أو المقاول عبء إثبات اكتشاف صاحب العمل للعيب وقبوله به[(425)].

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فلم ينص على ضرورة إخفاء العيب لكن يتوجب اعتماد هذا الحل لأنه منطقي ومقبول ويعلل الفقه ذلك بأنه لا يمكن تطبيق الضمان العشري في ظل العيوب الظاهرة خاصة أن صاحب العمل قد قبل العمل

---

(421)العطار، المرجع السابق، ص124، يسن، المرجع السابق، ص79 -80؛ سرور، المرجع السابق، بند 200، ص224.

(422)السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 65، ص113؛ شنب، المرجع السابق، بند 108، ص164 ياقوت، المرجع السابق، بند 39، ص96 - 980؛ مرسي، المرجع السابق، بند 597، ص499؛ أبو علم، المرجع السابق، ص28.

(423)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص128.

(424)الزقرد، المرجع السابق، ص633.

(425)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص129؛ البكري، المرجع السابق، ص174.

وأقرّه دون إبداء أي تحفظ من جانبه رغم علمه بتلك العيوب، لذلك يعتبر متنازلاً عن حقه في المطالبة بالضمان عن هذه العيوب[426].

علماً بأن محكمة التمييز الأردنية قد أخذت بضرورة إخفاء العيب الموجب للضمان وهذا ما يفهم بالمخالفة لقرارها الذي نصت فيه على "إن استلام البناء عظم لا يعتبر قبولاً بالعيب لأن العيب لم يكن ظاهراً عند استلامه وإنما بان على صورة التصدع والتشقق الذي لم يظهر إلا في خلال السنة التي أقيمت فيها الدعوى"[427].

إذاً فقيام صاحب العمل بالتسلم النهائي للعمل خالياً من أي تحفظ يعفي المهندس والمقاول من كل ضمان بالنسبة للعيوب الظاهرة ما لم يثبت صاحب العمل أن تسلمه ما كان ليتم لولا صدور غش من قبل المهندس أو المقاول أو استعمال طرقاً احتيالية لحمله على التسلم[428]، والغش هنا واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات الجائزة قانوناً.

ولا يشترط أن يكون العيب قديماً في البناء بل يمكن تطبيق أحكام الضمان العشري على العيوب الطارئة بعد قبول البناء(429).

وبرأينا إذا كان العيب طارئاً فلا معنى لاشتراط أن يكون خفياً وقت قبول العمل؛ لأنه لم يكن موجوداً أصلاً في ذلك الوقت. أما إذا كان العيب قديماً؛ أي موجوداً في البناء وقت قبوله فإن المقاول والمهندس لا يضمنانه إلا إذا كان خفياً وغير ممكن أن يكتشفه صاحب العمل ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحصه للبناء.

---

(426) مغبغب، المرجع السابق، ص120؛ يسن، المرجع السابق، ص837؛ شنب، المرجع السابق، بند 102، ص154.

(427)تمييز حقوق رقم 1989/691، مجلة نقابة المحامين، 1990، ص2299.

(428)العطار، المرجع السابق، بند 52، ص126.

(429)السنهوري، ج7، المرجع السابق، هامش 3، ص116؛ الشهاوي، المرجع السابق، ص161؛ ويرى ناجي ياقوت ضرورة وجود سبب العيب في العمل على الأقل عند معاينته وإقرارة، أنظر في ذلك: ياقوت، المرجع السابق، بند 39، ص97.

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على تحقق الضمان

تمهيد

بتوافر جميع شروط الضمان العشري تتحقق مسئولية كل من المقاول والمهندس وتترتب عليها آثارها، وعليه وجب على المسئول تعويض الضرر الذي أحدثه لصاحب البناء نتيجة تهدم هذا البناء (كلياً أو جزئياً) أو نتيجة ظهور عيب جسيم فيه.

والوسيلة التي يلجأ إليها صاحب العمل للحصول على التعويض هي في أغلب الأحوال دعوى الضمان، لأنه في كثير من الأحوال لا يسلم المسئول بمسئوليته، مما يضطر المضرور للجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض بالطرق التي حددها القانون.

وإذا كان لصاحب العمل الحق في رفع دعوى الضمان على المقاول أو المهندس فإن لهذا الأخير بالمقابل الحق في دفع المسئولية عن نفسه، فإن تمكن من ذلك فلا يكون ملزماً بالتعويض، أما إذا عجز عن دفع المسئولية عنه فإنه بذلك يكون ملزماً بتعويضٍ لصاحب العمل عما لحقه من ضرر.

ولم تتضمن المادة (788) من القانون المدني الأردني والمواد الأخرى التي عالجت مسألة الضمان العشري أية إشارة لمقدار التعويض بحيث لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الأردني.

وبناءً على ذلك فإن دراستنا في هذا الفصل تتحدد في ثلاثة موضوعات هي على النحو التالي:

دعوى الضمان

الأسباب الموجبة لانتفاء مسؤولية المهندس والمقاول.

جزاء الضمان (التعويض).

1.3 دعوى الضمان

إن الخلاف الذي يقوم بين صاحب العمل وكل من المقاول والمهندس حول التهدم والعيب قد يتم حلّه بالطرق الودية دون اللجوء إلى القـضاء سـواء أكـان بالتنفيذ العيني من قبل المقاول أو أي تنازل من قبل صاحب العمل عن حقه فـي ذلك[(430)].

ومع ذلك قد يجد صاحب العمل نفسه بحاجة إلى اللجوء إلى القضاء فيقـوم برفع دعوى أطلق القانون عليها دعوى الضمان[(431)] كما سميت بنص المادة (791) من القانون المدني الأردني.

وبالنتيجة سوف ندرس هذا الموضوع من خلال التعرف علـى أطـراف دعوى الضمان، ومن ثم سبب هذه دعوى واثباتها، وأخيراً تقادم دعوى الضمان.

1.1.3 أطراف دعوى الضمان

إن صاحب العمل أو من ينوب عنه هو في الأصل صاحب الصفة في رفع دعوى الضمان العشري وتنتقل هذه الدعوى إلى الخلف العام، كما يمكن أن ينتقل الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص باعتباره من مستلزمات البناء[(432)].

والأغلب هو أن ترفع الدعوى الضمان من صاحب الحق فيه على الملتـزم بالضمان ألا وهو المهندس أو المقاول كما سبق وأن ذكرنا[(433)].

2.1.1.3 سبب دعوى الضمان وإثباتها

إن قيام أسباب الضمان هو المحرك الأساسي للنزاع ومن ثم قيام الدعوى، ولعل هذه الأسباب تتمثل بما ستؤول إليه حالة البناء خلال مدة الضمان العـشري من تهدم (كلي أو جزئي) أو تعيب يهدد متانة البناء وسلامته.

---

(430) المومني، المرجع السابق، ص261.

(431) أنظر حول أساس دعوى الضمان، ص97 -99، من هذه الرسالة.

(432) انظر ص71 -82.

(433) أنظر ص 82 -93.

أما بالنسبة لإثبات هذه الدعوى فإنه على صاحب العمل أن يثبت ما يدعيه بحيث يثبت قيام عقد المقاولة بينه وبين كل من المقاول والمقاول، كما أنه عليه أن يثبت حدوث التهدم أو التعيب الموجب للضمان وذلك خلال مدة الضمان وعند إثبات وجود العيب عليه أن يثبت أيضاً تأثير العيب في متانة البناء وسلامته وذلك لأن العيب الموجب للضمان وفقاً للمادة (788) من القانون المدني الأردني يجب أن يكون من العيوب المؤثرة في البناء[434].

وما دام أن مسئولية كل من المقاول والمهندس هي تحقيق نتيجة معينة وهي بقاء البناء متيناً وسليماً خلال مدة الضمان العشري فإنه وفقاً لذلك ينبغي أن يثبت صاحب العمل وقوع التهدم أو العيب الموجب للضمان دون حاجة لإثبات وجود خطأ من قبل المقاول أو المهندس[435].

ويثبت وقت اكتشاف العيب أو حصول التهدم بجميع طرق الإثبات؛[436] لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية ولا يكفي لاثبات العلم بالعيب أن يسكن صاحب العمل البناء فقد لا يظهر العيب إلا بعد السكن بمدة طويلة[437].

3.1.3 تقادم دعوى الضمان

طبقاً لنص المادة (791) من القانون المدني الأردني فإنه لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء سنه على حصول التهدم أو اكتشاف العيب[438]. وهذا النص يثير مسألتين: بداية النص قرر مدة تقادم لدعوى الضمان تختلف عن مدة الضمان ذاته[439]، وثانياً أن مدة سريان السنة تبدأ من وقت اكشاف العيب أو حصول التهدم.

---

(434)المومني، المرجع السابق، ص266.

(435)عبدالقادر، المرجع السابق، ص140.

(436)تمييز حقوق رقم 1999/1060، مجلة نقابة المحامين،2000، ص4097.

(437)شنب، المرجع السابق، بند 111، ص71 ؛ السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 72، ص134.

(438)تمييز حقوق رقم 2003/3898، بتاريخ 2004/2/16 منشورات مركز عدالة.

(439)أما القانون الفرنسي فقد جعل من الضمان هي مدة تقادم الدعوى في نفس الوقت، ومن ثم يجب ظهور العيب ورفع الدعوى خلال هذه المادة انظر في ذلك، منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص139.

وعليه فبحصول التهدم أو كشف العيب يستطيع صاحب العمل أن يرفع دعوى الضمان ولا يشترط أن يتم العلم الفعلي بل يكفي حصول العيب حتى لو تراخى كشفه إلى ما بعد مدة الضمان مع وقوعه أثناء المدة حيث يبقى حق صاحب العمل بالمطالبة قائماً، فالوقت الذي يكشف به العيب تبدأ معه مدة السنة بالسريان[440]، وبناء على ذلك تكون دعوى الضمان المقدمة بعد انقضاء سنه على اكتشاف صاحب العمل لتهدم أو العيب في البناء غير مسموعة[441].

وأخيراً لو تم كشف عيب خلال مدة الضمان وتمت تسويته سواء بالإصلاح أو التعويض أو المصالحة ثم ظهر عيب آخر بعده وخلال مدة الضمان فإنه يبقى حق صاحب العمل بالضمان قائماً طالما ظهر العيب وانكشف خلال مدة الضمان، حيث لا تحدد المادة (791) السابقة الذكر عدد العيوب أو التهدمات التي تعيب البناء خلال مدة الضمان[442].

ونظراً لأن مدة السنة تعتبر ميعاد تقادم، فإنها تقبل الوقف والانقطاع، فتنقطع مدة التقادم بإقرار المهندس والمقاول بحق صاحب العمل في الضمان[443].

2.3 الأسباب الموجبة لانتفاء مسئولية كل من المهندس والمقاول

يبقى الضمان العشري حقاً قائماً لصاحب العمل قبل كل من المهندس والمقاول طيلة مدة العشر سنوات ولا يستطيع المهندس أو المقاول دفع هذا الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهذا السبب يتمثل في القوة القاهرة أو خطأ صاحب العمل أو خطأ الغير.

لكن بداية نود أن نوضح مدى صحة نفي الخطأ أو التقصير من قبل المقاول أو المهندس لذلك سوف تتحدد دراسة هذا المبحث ضمن جزئيين تتناول في الأول منهما دراسة مدى صحة نفي الخطأ أو التقصير من قبل المقاول أو المهندس ثم في الثاني ندرس نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي.

---

(440)المومني، المرجع السابق، ص277؛ شنب، المرجع السابق، بند 121، ص187 188.

(441)تمييز حقوق رقم 1987/207، مجلة نقابة المحامين، 1990، ص108.

(442)المومني، المرجع السابق، ص278.

(443) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص140؛ السنهوري، ج7، المرجع السابق، ص130.

1.2.3 مدى نفي الخطأ أو التقصير من قبل المهندس أو المقاول

يستطيع المدعى عليه أن يرد عن نفسه المسئولية في حال تهدم البنـــاء أو ظهور عيب فيه وذلك لنفي الخطأ أو التقصير من جانبه، وبالتالي عليه أن يثبـــت أنه قام بواجبه في صيانة البناء مثلا وإصلاح ما فيه من عيب[444].

هذا حسب القواعد العامة في المسئولية عن الفعل الضار لكن فـــي حالـــة الضمان العشري فإن مسئولية المقاول والمهندس تقوم دون حاجة لاثبات خطأ في جانب أي منهما؛ وذلك لأن التزامهما هو تحقيق نتيجة ومع ذلك الـــسبيل الوحيـــد لنفي المسئولية عن كل من المهندس والمقاول هو نفي علاقة السببية بـــين الخطـــأ والضرر ويبنى على ذلك أن مسئولية المقاول أو المقاول لا تدفع إذا بقي التهدم أو العيب مجهولاً بل لا بد من إثبات السبب الأجنبي الذي قطع علاقة الـــسببية بـــين الخطأ والضرر[445].

2.2.3 السبب الأجنبي

إن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطـــأ موجبـــاً للمسئولية التي لا ترفع عنه إلا إذا قام بإثبات وجود سبب أجنبي أدى إلـــى ذلـــك وهذا السبب الأجنبي يتمثل في القوة القاهرة وخطأ صاحب العمل وخطأ الغير.

لذلك نرى من المفيد الوقوف على حقيقة هذه الأسباب التي تنفي مـــسئولية كل من المهندس والمقاول في حال توافرها وهذا هو موضوع هذا المطلب ضمن الأفرع الثلاثة الآتية.

---

(444)حسين، شريف أحمد ، المسئولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنـــة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994، ص143.

(445)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 158 -159.

1.2.2.3 القوة القاهرة

إن القوة القاهرة بالمفهوم العام هي صورة من صور السبب الأجنبي الـذي يقتضي وجوده إعفاء المدين من المسئولية[(446)]، وتعتبر القوة القاهرة أمراً مرادفاً للحادث المفاجئ فكلاهما شيء واحد[(447)].

فالقوة القاهرة هي حادث غير متوقع لا يمكن تجاوزه وخارج عـن فعـل الإنسان[(448)]، لذلك يسقط الضمان العشري لثبوت القوة القاهرة وترفـع المـسئولية عن المقاول أو المهندس لا لعدم ارتكابه أي خطأ إنما لنفي وجوب الرابطة السببية بين الخطأ والضرر[(449)].

ومع ذلك ينبغي للأخذ بالقوة القاهرة أن تتوافر فيها جميع الشروط المطلوبة وفقاً للقواعد العامة وهذه الشروط هي:

أولاً: أن يكون الحادث خارج عن فعل الإنسان

ليس المقصود بخارجية الفعل ألا يكون منسوباً إلى فعل المقـاول أو إلـى نشاطه في عملية البناء، بل المقصود هو الخارجية المادية أي خارجية الحادث عن مادة العمل محل العقد أو عن ذاتية الشيء الذي يقع عليه العمل[(450)] بالتالي فإن هذا يشمل جميع ما يحدث بصورة مفاجئة وبشكل خارج عن إرادة الإنسان مثل الأتربة المنهارة وجميع العوامل الطبيعية[(451)].

ثانياً: أن يكون الحادث غير متوقع وغير مستطاع دفعه. فحتى تشكل الواقعة قـوة قاهرة لا بد أن تكون خارج نطاق التوقع أو غير قابلة للتوقع أصـلاً[(452)] وفكـرة التوقع هذه سمة دائمة التطور مع التقدم التكنولوجي، بالتـالي تحديـد إذا كانـت

---

(446)سليمان مرقص، تعليق له في مجلة القانون والاقتصاد، س7، بنـد 15، ص656؛ مرسـي، المرجـع السابق، بند 600، ص502؛ أنيس، المرجع السابق، ص17.

(447)السنهوري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص1226؛ منصور، المـسؤولية المعماريـة، المرجـع السابق، ص159.

(448) مغبغب، المرجع السابق، ص131.

(449) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص160.

(450) ياقوت، المرجع السابق، بند 124، ص218.

(451)مغبغب، المرجع السابق، ص131.

(452)سلامة، عبدالحميد أحمد ، نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاولة في القانون الأردنـي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994، ص39.

الواقعة متوقعة أم لا سلطة تقديرية للقاضي وذلك بالنظر إلى ظروف المكان والزمان التي أقيم فيها البناء[453].

كما يجب أن يكون الحادث مستحيل الدفع والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة سواء أكانت مادية أو معنوية فإذا كانت نسبية فلا تعتبر قوة قاهرة ولا تعفي المقاول من المسئولية[454] وبالتالي تدفع المسئولية عن الأحداث غير المتوقعة لأنه لا يمكن دفعها ومقاومتها كالزلازل والبراكين الفيضانات. وعليه فإذا كانت القوة القاهرة هي السبب الوحيد في حدوث الضرر فإن ذلك ينفي علاقة السببية ومن ثم انتفاء المسئولية كتعرض البناء للقصف.

وقبل الانتهاء من هذا الفرع نود الإشارة إلى حالة أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة (788) من القانون المدني الأردني ألا وهي حالة وجود عيب في الأرض المقام عليها البناء حيث طبقاً لصريح نص المادة السابقة الذكر أنه لا يمكن للمهندس أو المقاول الاحتجاج بعيوب الأرض لدفع المسئولية عنه؛ وذلك لأنه من واجبات المهندس القيام بفحص الأرض وعمل الاختبارات اللازمة عليها للتأكد من صلاحيتها للبناء وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في العديد من قراراتها[455].

أما إذا استحال على المهندس كشف العيب وفقاً لقواعد الفن فإنه يكون في حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولاً عنه[456] وذلك مثل وجود خلل في التربة على عمق كبير جداً تحت الأرض في منطقة غير معروفة باحتوائها على آثار لم يكن في وسع المقاول أو المهندس أن يعلم بها[457].

---

(453) ياقوت، المرجع السابق، بند 128، ص226؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص161.

(454) حسين، المرجع السابق، ص145.

(455)أنظر تمييز حقوق رقم 1987/207، مجلة نقابة المحامين، لسنة1990، ص108؛ تمييز حقوق رقم 2003/3898 2004، منشورات مركز عدالة.

(456)منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص163.

(457)شنب، المرجع السابق، ص36.

2.2.2.3 خطأ الغير

يقصد بالغير كل شخص أجنبي عن المقاول أو المهندس وعليه فلا يعتبر من الغير العمال المستخدمين من قبل المقاول والمقاولين من الباطن.

ومن المسلم به فقهاً[(458)] أن خطأ الغير يعفي كلاً من المقاول والمهندس إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة من حيث أن يكون هذا الخطأ نفسه غير قابل للتوقع ومستحيل الدفع، فإن لم يكن كذلك ظل المقاول والمهندس مسئولين عن كل الضمان تجاه صاحب العمل ولكن لهما حق الرجوع على الغير المسئول[(459)].

وهذا الغير قد يكون أجنبياً تماماً عن عملية التشييد، مثل قيامه بعمليات حفر على أعماق بعيدة وبالقرب من أساسات العقار محل الضمان وبالتالي فإن هذا الخطأ من شأنه أن يعفي المقاول كلياً من الضمان إذا لم يكن مقصراً أما إذا كان مقصراً كما هو في حالة إقامة البناء على أساسات ضعيفة ساهمت في إحداث الخلل، فقد يؤدي ذلك إلى إنقاص قاضي الموضوع مقدار التعويض الواجب على المقاول بمقدار نسبة خطأ الغير في إحداث الضرر[(460)].

أما بالنسبة لعلاقة كل من المقاول والمهندس فإن أياً منهما يعتبر من الغير بالنسبة للآخر ومع ذلك هناك رأي يبقي مسئولية كل منهما حتى لو ثبت أن الخطأ الذي أدى إلى الخلل كان يشكل بالنسبة لأحدهما حالة من حالات القوة القاهرة بتوافر شروطها[(461)] وهذا يتفق وما جاء في المادة (1/788)من القانون المدني الأردني التي تجعل المقاول والمهندس متضامنين في التعويض أمام صاحب العمل عن أي تهدم (كلي أو جزئي) أو حدوث عيب في البناء خلال مدة الضمان.

3.2.2.3 فعل المضرور (صاحب العمل)

---

(458)شنب، المرجع السابق، بند 112، ص173 - 174؛ مرسي، المرجع السابق، بند 600، ص502 مرقص، سليمان ، تعليق له في مجلة القانون والإقتصاد، السنة السابعة، بند 15، ص656؛ السنهوري، ج7، المرجع السابق، بند 74، ص139، هامش (1).

(459)شنب، المرجع السابق، بند 116، ص 181 ؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 141، ص247.

(460) سرور، المرجع السابق، ص351؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص383.

(461)سرور، المرجع السابق، ص361 وهامش 121.

يسأل صاحب العمل وحدة عن التهدم أو العيب الحاصل في البناء إذا حدث هذا التهدم بفعل صاحب العمل وحده وكان بعد إتمام البناء وتسلمه كأن يقوم صاحب العمل بحفر حفرة بالقرب من أساسات البناء، أو كأن يجري تعديلات على كيفية توزيع الأماكن داخل البناء، فيترتب على ذلك حدوث التهدم أو العيب(462).

أما إذا حدث فعل صاحب العمل قبل إتمام البناء وتسلمه وأدى ذلك إلى حدوث تهدم أو ظهور عيب في البناء كإعطاء تعليمات خاطئة للمعماريين مثلاً ففي هذه الحالة من هو الذي يسأل عن التهدم أو العيب: صاحب العمل أم كل من المقاول والمهندس؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من التفرقة بين حالتين وهما حالة ما إذا كان صاحب العمل غير خبير في فن البناء والحالة الثانية هي حالة صاحب العمل الخبير في فن البناء.

1.3.2.2.3 صاحب العمل غير الخبير في فن البناء

الأصل أن المقاول والمهندس هما الخبيران في فن البناء وبالتالي فإن تدخل صاحب العمل لا يصلح سبباً أجنبياً لدفع مسئولية كل من المهندس والمقاول؛ وذلك على أساس أن صاحب العمل عادة ما يكون جاهلاً بفن البناء لذلك استعان بالمهندس والمقاول وهما أهل الصنعة ويعملون باستقلال تام ولا يخضعان لصاحب العمل من ناحية الإشراف أو التوجيه(463).

وعليه فإذا أصدر صاحب العمل تعليمات مخالفة لأصول الصنعة، أو قدم مواد معيبة ففي هذه الحالة فإن من واجب المقاول والمهندس أن ينبها صاحب العمل إلى خطورة نتائج تنفيذ تلك التعليمات والمخاطر المترتبة على التنفيذ المعيب، فإذا ما نفذا أوامره وترتب على ذلك حدوث تهدم أو عيب جسيم في البناء فإن المقاول المهندس يعتبران مخطئين ولا يستغرق خطأ صاحب العمل خطأهما

---

(462) ياقوت، المرجع السابق، بند 132، ص232؛ عبيدات، المرجع السابق، ص272.

(463) اليعقوب، المرجع السابق، ص378؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 133، ص233.

وبالتالي يعتبر كل منهما متضامنين عن أي تهدم أو عيب يصيب البناء وهذا ما أجمع عليه شراح القانون[464].

لكن ما سبق لا يمنع من الاعتداد أحياناً بخطأ صاحب العمل كسبب لنفي مسئولية المهندس والمقاول أو على الأقل التخفيف منها وذلك في حالة أن يجتمع في خطأ صاحب العمل جميع شروط القوة القاهرة، من حيث عدم إمكانية التوقع، واستحالة الدفع فضلاً عن ذلك أن ينفرد فعل صاحب العمل في إحداث الضرر، ويمنح قاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تقدير ذلك[465].

وقد لا تتوافر شروط القوة القاهرة في خطأ صاحب العمل ومع ذلك تخفف مسئولية المقاول والمهندس وتقسم المسئولية بين كل من صاحب العمل والمقاول والمهندس بحسب درجة جسامة خطأ كل منهما وذلك في حالة أن يكون الخطأ مشتركاً بينهما كأن يتعمد توريد مواد بناء تالفة لا تصلح للغرض المعدة له[466].

2.3.2.2.3 صاحب العمل الخبير في فن البناء

يعتد عادة بخطأ صاحب العمل إذا كان خبيراً في فن البناء ويترتب على خطأه تهدم البناء أو ظهور عيب فيه وذلك إما للحكم بتقسيم المسئولية بينه وبين كل من المهندس والمقاول أو للحكم أحياناً بإعفاء المقاول أو المهندس كليةً من هذه المسئولية[467] خاصة إذا كان صاحب العمل مشهوداً بتخصصه الفني في مجال البناء وقام المهندس أو المقاول بتنبيهه إلى خطأه. أما إذا ما قصر المقاول أو المهندس في إبداء التحفظات أو تنبيه صاحب العمل إلى خطئه وكان كلٌ منهما مشتركاً مع صاحب العمل في الضرر الذي يقع[468].

---

(464)السنهوري، الوسيط، ج7، المرجع السابق، بند 74، ص138؛ شنب، المرجع السابق، بند 114، ص 177 ياقوت، المرجع السابق، بند 133، ص234.

(465)عبيدات، المرجع السابق، ص272؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص38؛ منصور، أمجد محمد ، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص303.

(466)شنب، المرجع السابق، بند 114، ص 178؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 136، ص239.

(467) ياقوت، المرجع السابق، بند 137، ص241.

(468) سرور، المرجع السابق، ص345؛ اليعقوب، المرجع السابق، ص381.

ومسألة تقدير مدى تفوق صاحب العمل وخبرته تعتبــر مــن اختــصاص محكمة الموضوع ولا تخضع للرقابة إلا من حيث وجوب تسبيب القــرار تــسبيباً كافياً.

تبقى مسألة مهمة وهي أن مجرد خبرة صاحب العمل في فن البناء مهمــا تكن درجتها غير كافية وحدها لإعفاء المقاول أو المهندس من الضمان العشري أو حتى مجرد التخفيف من هذا الضمان بل لا بد من أن يكون صاحب العمل قد قــام بأعمال إيجابية معينة تمثل تدخلاً خاطئاً في العمل كوضع التصميم أو الإشــراف على التنفيذ ويجب أن تكون قد مارس الإشراف ممارسة فعلية(469).

ونتيجة لما سبق، فإنه يبدو لنا أن المقاول لا يــستطيع أن يــتخلص مــن الضمان العشري إلا إذا تبين على وجه اليقين توافر شروط القوة القاهرة في خطأ صاحب العمل، أما إذا كان المقاول على علم بخطأ صاحب العمل ولم يمتنع عــن تنفيذه رغم ما يتضمنه ذلك من تعريض سلامة البناء للخطر، فإنه يجب في مثــل هذه الحالة توزيع المسئولية بين كل من صاحب العمل والمقاول والمهندس بحسب نسبة ومقدار خطأ كل منهم.

3.3 الجزاء المترتب على كل من المقاول والمهندس (التعويض)

إن تحقق السبب الموجب للضمان العشري يفتح المجال أمام صاحب العمل للمطالبة بالتعويض، لكن ما هو التعويض الذي يحق لصاحب العمل المطالبة به، وما هي طرق هذا التعويض ومداه. هذا الأمر هو ما سوف نتناوله في هذا الجزء.

1.3.3 ماهية التعويض المترتب على الضمان

لم يتعرض القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرض مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند الحديث عن جزاء المسئولية، وعليه فإن التعويض هو ما يلتزم به المسئول في المسئولية المدنية تجاه من أصابه بضرر(470).

---

(469) اليعقوب، المرجع السابق، ص381 -382؛ ياقوت، المرجع السابق، بند 139، ص243 244.

(470)السنهوري، الجزء الأول، المرجع السابق، بند 640، ص1090؛ النشار، محمد فتح الله، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص35.

إذاً فالتعويض هو وسيلة القضاء إلى إزالة الضرر أو التخفيف منه، فهو الجزاء العام عن قيام المسئولية وليس عقاباً على المسئول عن الفعل الضار[471].

وقد نصت المادة (256) من القانون المدني الأردني على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

وعليه فإنه إذا كان التعويض هو جزاء المسئولية المترتبة فإنه لا بد أن يكون هناك ضرر لحق بصاحب العمل، حيث أن الضرر يُعدّ ركناً هاماً من أركان المسئولية، وهو كل ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة[472].

والضرر سواء كان مادياً أو أدبياً فإنه لا بد من توافر شروط معينة فيه كي يتم التعويض عنه وهي أن يكون محققاً أي يكون وقع فعلاً، أو تأكد حدوثه في المستقبل[473].

وبالنتيجة فإن لصاحب العمل الحق في التعويض عما لحقه من ضرر جراء تهدم البناء أو ظهور عيب جسيم فيه أثر على سلامته أو متانته.

---

(471)منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانيين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995، ص426؛ سعدون العامري، تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد،1991، ص143.

(472)منصور، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص283.

(473) حسين، المرجع السابق، ص150 -151؛ منصور، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص284 286.

2.3.3 طرق التعويض

تنص المادة (269) من القانون المدني الأردني على أنــه "1 - يــصح أن يكون الضمان مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحــالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً تقدره المحكمة 2 -ويقدر الضمان بالنقد علماً أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن تحكم بأداء معــين متــصل بالفعل الضار على سبيل التضمين".

يظهر من النص السابق الذكر أن التعويض إما أن يكــون تنفيــذاً عينيــاً أو التنفيذ بما يعادل الوفاء وأن هذا التنفيذ إما أن يكون نقدياً أو عينياً. وفيمــا يلــي نستعرض هذه الطرق:

1.2.3.3 التنفيذ العيني

يعتبر التنفيذ العيني من أفضل طرق التعويض؛ لأن يؤدي إلــى إصــلاح الضرر إصلاحاً تاماً بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه[474].

والتنفيذ العيني هو أن يقوم المقاول أو المهندس بإعادة بناء الجزء المتهــدم أو إصلاح العيوب التي تهدد متانة البناء. كما قد يقتضي إعادة تــشييد البنــاء[475] بأكمله وبعض الأجزاء السليمة التي ترتبط بالأجزاء المعيبة إذا اقتضت طبيعة الفن المعماري ذلك[476].

وهذا التنفيذ العيني ليس مقتصراً على المسئولية العقدية بل هو في الأصــل العام في جميع الالتزامات أياً كان مصدرها بما في ذلك المسئولية التقصيرية، مثل الحكم بهدم الحائط المقام بقصد منع الهواء وحجب الضوء أو النور عــن عقــار الجار[477].

---

(474)سلطان، المرجع السابق، بند 534، ص353؛ الفضل، المرجع السابق، ص426.

(475)عبيدات، المرجع السابق، ص252.

(476) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص145.

(477)أنظر سلطان، المرجع السابق، بند 534، ص353؛ أنظر كذلك المادة (1025) من القــانون المــدني الأردني.

وما دام أن التنفيذ العيني جزاء يقع على كل من المقاول والمهندس فإنه بالرجوع إلى القواعد العامة لا بد أن يكون هناك شروط على المحكمة مراعاتها عند إجبار المقاول أو المهندس على التنفيذ العيني.

الشرط الأول: الإعذار المسبق

لم ينص على الإعذار في الأحكام الخاصة بالضمان العشري إلا أنه بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون المدني الأردني نجد أن القانون المدني اشترط الإعذار المسبق في حالتي التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض، وهذا ما نصت عليه المادة (2/355) من ذات القانون في حالة التنفيذ العيني والمادة (361) من ذات القانون في حالة التنفيذ بطريق التعويض حيث ذهبت إلى أنه "لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد".

إذاً هناك استثناءات على المادة (361) وهما إذا نص القانون على عدم ضرورة الإعذار أو إذا وجد هذا المانع في العقد فعند توافر أي من هذين الاستثنائيين فلا ضرورة لإعذار المقاول أو المهندس قبل قيامهما بالتنفيذ العيني. كما أنه يجب مراعاة الحالات الواردة في المادة (362) والتي لا ضرورة معها لإعذار المدين وهذا ما ذهب إليه القضاء الأردني[478].

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ ممكناً

يجب أن يكون التعويض العيني ممكناً؛ أي أن يكون باستطاعة المقاول إعادة البناء إلى ما كان عليه قبل حدوث التهدم أو العيب منه والقاضي ملزم بالحكم بالتعويض العيني إذا كان ممكناً وطلبه صاحب العمل (الدائن) أو تقدم به المقاول (المدين)[479].

الشرط الثالث: أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمقاول أو المهندس.

---

(478)تمييز حقوق رقم 80/251، مجلة نقابة المحامين لسنة 1981، ص479.

(479) سلطان، المرجع السابق، ص353؛ منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص147 منصور، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص353؛ الفضل، المرجع السابق، ص428.

إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمقاول أو المهندس فإن للمحكمة أن تلجأ إلى الحكم بالتعويض النقدي إلا إذا كان التعويض النقدي من شأنه أن يلحق ضرراً جسيماً[480]، بصاحب العمل فإن على المحكمة في هذه الحالة أن تحكم بالتعويض العيني لأن مصلحة صاحب العمل أولى بالرعاية فهو المتضرر[481] من جراء التهدم أو العيب وهو يطالب بحقه دون تعسف، ومسألة تقدير مدى جسامة الضرر يعود لقاضي الموضوع حسب ظروف كل حالة على حده، وعليه أن يوازن بين مصالح كل من المقاول والمهندس من جهة وبين مصالح صاحب العمل من جهة أخرى[482].

2.2.3.3 التنفيذ بما يقابل الوفاء

قد يصعب التنفيذ العيني كأن يكون مرهقاً للمقاول أو المهندس أو أن صاحب العمل لم يطلبه ولم يعرضه المقاول عندها يجوز للمحكمة أن تحكم بالتنفيذ بما يعادل الوفاء وهذا قد يكون نقدياً أو عينياً.

1.2.2.3.3 التعويض النقدي

الأصل في التعويض أن يكون نقداً ويمكن لصاحب العمل أن يطالب به ابتداءً، كما أنه يجوز الحكم بالتعويض النقدي بالإضافة للتنفيذ العيني فإذا أصاب صاحب العمل ضرر نتيجة التأخر في التنفيذ أيضاً في حالة كون ترميم البناء وإعادة إصلاحه قد ترك بعض التشوهات التي تنتقص من قيمتها وهذا يتفق مع المبادئ العامة التي تنقص بأن يكون التعويض شاملاً لما لحق صاحب العمل من خسارة وما فاته من كسب[483].أيضاً يشمل التعويض ما يدفعه صاحب العمل للغير

---

(480)نصت المادة (2/355)، من القانون المدني الأردني على أنه "إذا كان في التفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن يقتصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً".

(481) الدوري، المرجع السابق، ص219.

(482)السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، المرجع السابق، بند 410، ص764 -765.

(483) شنب، المرجع السابق، بند 122، ص 188؛ السنهوري، ج7، المرجع السابق، ص126.

نتيجة تهدم البناء سواء كان من أحد المارة أو من الجيران للبناء[484]، وهناك حالة تقضي بالتعويض الإتفاقي وهي أنه للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان سواء بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون وللمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك[485].

وفي جميع الأحوال يكون التعويض الإتفاقي مقدراً بالنقد وهذا ما جرت عليه محكمة التمييز الأردنية حيث أقرت بالتعويض الإتفاقي وحق المحكمة في تعديله بالزيادة والنقصان وذلك حتى تجعله مساوياً للضرر[486].

والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة للمضرور، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون التعويض النقدي مبلغاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً لمدى الحياة[487] وهذه المسألة راجعة إلى القاضي دون توقف على طلب المضرور ذلك حسب ظروف كل حالة على حده[488].

2.2.2.3.3 التعويض العيني

لم يرد في القواعد العامة أي ذكر للتعويض غير النقدي إلا أن ذلك يفهم من نص المادة (269) من القانون المدني في فقرتها الثانية عندما نصت على "ويقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار على سبيل التضمين".

إذاً الأصل في التعويض أن يكون نقداً إلا أنه يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض غير النقدي ومثال ذلك أن يأمر القاضي بأداء شيء معين على سبيل التعويض وذلك حسب ما تقتضيه الظروف في بعض الأحيان.

---

(484) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص148.

(485) المادة (364) من القانون المدني الأردني.

(486)تمييز حقوق رقم 83/560 مجلة نقابة المحامين سنة 1984، ص1097.

(487)المادة (269) من القانون المدني الأردني.

(488) سلطان، المرجع السابق، بند 535، ص354؛ الفضل، المرجع السابق، ص429؛ منصور، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص353.

3.3.3 مدى التعويض

تنص المادة (266) من القانون المدني الأردني على أنه "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب يشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

وتنص المادة (268) من القانون المدني بأنه "إذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعيناً نهائياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

وتقرر المادة (363) من القانون المدني على أنه "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

مفاد النصوص السابقة أن التعويض يشمل كل ما لحق صاحب البناء من خسارة وما فاته من كسب، وكذلك الأضرار التي تصيبه في أمواله وشخصه نتيجة تعيب البناء وما يترتب على ذلك من ضياع الكسب الذي يعود عليه من الاستفادة من البناء[489] بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به وهذه الأضرار يجب أن تكون حالة أي وقعت فعلاً.

مع العلم أن التعويض في المسئولية العقدية يقتصر على الضرر المباشر المتوقع ويكون بناءً على ما لحق المضرور من خسارة فقط دون الكسب الفائت[490]، أما في المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء أكان متوقعاً أو غير متوقع[491].

إذاً المادة (363) السابقة الذكر حددت مبدأين هما أن يكون الضرر واقعاً فعلاً وأن يقدر التعويض بما يساوي الضرر عند وقوعه، بمعنى أنه ما دام أن الضمان العشري قائم على المسئولية العقدية فإن التعويض بالتالي يقتصر على

---

(489)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص401.

(490)منصور، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص354؛ أنظر كذلك تمييز حقوق رقم 92/534، مجلة نقابة المحامين، سنة 1993، ص2438.

(491) منصور،المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص151؛ سلطان، المرجع السابق، بند 537 ص354.

الضرر المتوقع فعلاً إلا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم من قبل المقاول أو المهندس[492].

كما أن حدود التعويض تقتصر على الضرر الذي يكفي لإعادة البناء إلى الحالة المتفق عليها في عقد المقاولة بحيث لا يدخل في ذلك ما يرغب به صاحب العمل من تعديلات أو تحسينات يضيفها للبناء.

ومع ذلك فقد يترتب على إصلاح أو إعادة البناء زيادة محتمة ففي هذه الحالة يجب الأخذ بعين الاعتبار قيمة تلك الزيادة عند تقدير التعويض ويستطيع المقاول أو المهندس الرجوع بتلك القيمة على صاحب العمل استناداً إلى دعوى الإثراء بلا سبب[493].

أما بالنسبة لوقت تقدير التعويض فإن المشرع الأردني حسم هذه المسألة وذلك بأن قرر أن التعويض يقدر بما يساوي الضرر حين وقوعه[494] وليس وقت صدور الحكم كما فعل المشرع المصري.

أما القضاء الأردني فقد اتخذ موقفاً مغايراً للقانون المدني الأردني وسلك مسلك المشرع المصري، حيث أوجب "أن يكون التعويض شاملاً لكل الضرر الذي يصيب المدعي والربح الذي يفوته ويقدر التعويض بالأسعار يوم صدور الحكم أو بتاريخ الإنذار العدلي"[495].

ويحمد القضاء الأردني على هذا الاتجاه، لأنه يؤدي إلى الأخذ بكل العيوب التي تظهر في البناء سواء قبل رفع الدعوى أو أثنائها أو حتى التي يمكن لها أن تتطور إلى حين لحظة النطق بالحكم.

وجدير بالإشارة هنا إلى أن الأستاذ السنهوري يرى بأن العبرة في تقدير التعويض هي بيوم صدور الحكم اشتد أو خف[496].

---

(492) منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص151.

(493)السنهوري، ج7، المرجع السابق، ص127؛ مرسي، المرجع السابق، ص498.

(494)المادة (363) من القانون المدني الأردني.

(495)تمييز حقوق رقم 22/35/، مجلة نقابة المحامين لسنة 1983، ص242.

(496) السنهوري، ج1، المرجع السابق، بند 649 ص1103.

أيضاً لا يوجد ما يمنع من أن يراعي القاضي الظروف الملابسة عند تقدير التعويض لأنه أمر تقتضيه العدالة ولا يتعارض مع القواعد العامة في التعــويض حتى لو لم يوجد نص يوجب على القاضي مراعاة مثل تلك الظروف[497].

أيضاً هناك مسألة إعادة النظر في التقدير فإنه وحسب المادة (268) مــن القانون المدني الأردني يستطيع القاضي في حال لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً أن يحكم بالتعويض المؤقت ويحتفظ لــصاحب العمــل بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التعويض ليتسنى له تقــدير التعويض الذي يستحقه صاحب العمل بصورة نهائية[498].

---

(497) الفضل، المرجع السابق، ص436.

(498) منصور، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص354؛ الفضل، المرجع السابق، ص437.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

خصَّ المشرع الأردني مهندسي ومقاولي البناء بالضمان العشري إلى جانب المسئولية المقررة بالقواعد العامة في علاقتهم بصاحب العمل الذي يرتبط معهم بعقد مقاولة وذلك عندما نص على ذلك في المادة (788) من القانون المدني الأردني.

لذلك كان موضوع دراستنا هو مدى ضمان المقاول والمهندس المعماري في مقاولات الأبنية في القانون المدني الأردني حيث اقتصرت هذه الدراسة حول المسئولية التي تسري بعد تسلم البناء من قبل صاحب العمل والتي تسمى بالضمان العشري ودراستنا لهذا الضمان اقتضتنا تناوله ضمن ثلاثة فصول.

والفصل الأول خصصناه لدراسة الشروط الواجب توافرها لتحقيق الضمان العشري أما الفصل الثاني فكان موضوعه نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري سواء من حيث الأضرار التي تشمله.

وبعدها تناولنا الآثار المترتبة على تحقق الضمان وذلك ضمن الفصل الثالث من هذه الرسالة. وأخيراً فقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات لعلها تكون ذات فائدة والتي نرى أنه من الضروري مراعاتها في القانون المدني الأردني فقد قرر المشرع الأردني قوانين وأنظمة وتعليمات وضع بموجبها أحكاماً لتنظيم مهنة المهندس والمقاول باعتبارها المعين الرئيسي لهذا النشاط تنظيماً قانونيا وفنياً، بحيث لا يجوز لصاحب العمل التعاقد لتنفيذ أعمال البناء إلا مع المهندسين والمقاولين المسجلين وفق الشروط المتعلقة بتصنيف هؤلاء المقاولين والمهندسين وتنظيمهم.

من هذه القوانين قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (79) لسنة 1966 الذي نظّم إصدار رخص البناء والأشغال وشروطهما وفقاً لتصنيف المناطق وقانون البناء الوطني رقم (33) لسنة 1989 الذي ينظم مجموعة القوائم والشروط والمتطلبات الفنية المتعلقة بالمشاريع الإنشائية والمباني.

وقانون نقابة المهندسين الأردنيين رقم (15) لسنة 1972 والقوانين المعدلة له والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، وقانون مقاولي الإنشاءات الأردني رقم (13) لسنة 1987 والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه.

هذا كله بالإضافة إلى النصوص التي تنظم أحكام الضمان العشري والواردة في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وعليه فإن عمليات البناء لا تخضع لأهواء الأفراد وأمزجتهم وإنما يجب أن تتلاءم هذه الرغبات مع هذه القوانين وذلك ضماناً لصلاحيتها من النواحي الفنية والصحية وصلاحيتها للغرض الذي أنشئت من أجله وضمان سلامتها ومتانتها.

إلا أنه بالرغم من التطور الهائل الذي حدث في النشاط المعماري خاصةً في ضوء التزايد المستمر للاستثمارات في الأردن وإنشاء الأبراج السكنية والمباني الضخمة والمدن الكاملة والجمعيات التجارية والشقق والطوابق وصدور قوانين وأنظمة تشجع على هذا الاستثمار. فقد برزت الحاجة إلى إجراء تعديلات على القوانين والأنظمة الحالية وسن تشريعات جديدة تتلاءم مع التطور الحاصل في هذا النشاط، وبالتالي فإنه لابد من سن التشريعات التي تحدد المواصفات والمقاييس الواجب إتباعها في مثل هذا النوع من الاستثمارات والجزاء المترتب على مخالفتها بالإضافة إلى تعديل النصوص القائمة بما يتناسب مع أهمية مثل هذا النوع من الاستثمارات ومدى جسامة الأضرار التي قد تترتب على تهدمها أو تعيبها، خاصةً بعدما أعلن المهندس سهيل المجالي نقيب المقاولين أن حجم الإنشاءات للخمس سنوات القادمة سوف تبلغ ما يقارب 50 مليار دولار وهذه مبالغ هائلة يجب المحافظة عليها إلى جانب المحافظة على الأرواح .

ومن هنا فقد خلصت الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات والمقترحات التي نأمل أن تكون ذات فائدة لدى المشرع الأردني ونوجزها فيما يلي:

النتائج

1- إن دعوى الضمان هي عبارة عن حماية قانونية أقرَّها المشرع الأردني بنص خاص خروجاً على القواعد العامة لدفع كل من المقاول والمهندس إلى بذل كل عناية ممكنة فيما يشيدانه من أبنية ومنشآت، علماً بأن صاحب العمل في الغالب رجل عادي وغير فني فأراد المشرع بذلك حمايته تجاه المقاول والمهندس.

2- يحمد المشرع الأردني على استخدامه لكلمة المهندس بشكل عام دون أن يضيق من نطاق المهندسين المسئولين حيث تظهر في النص عموميته بحيث تطال كل مهندس يشارك في عمليات البناء أياً كان تخصصه سواء معمارياً أو مدنياً.

3 - ورد في المادة (786) من القانون المدني الأردني أنه "يضمن المقاول ما تولد عن فعله من ضرر أو خسارة"، كما ورد في المادة (363) من القانون ذاته أن "المحكمة تقدر الضمان بما يساوي الضرر حين وقوعه...". إذاً فقد حصر القانون المدني الأردني التعويض بالخسارة الحاصلة دون أن يتطرق إلى التعويض عن الربح الفائت وتضييق المشرع الأردني للضرر بحيث يقتصر على التعويض عن الضرر الواقع فعلاً هو موقف منتقد لذلك نأمل على المشرع تعديل هذه القاعدة القانونية باعتماد عنصري التعويض المتمثلين بالخسارة المحققة والربح الفائت علماً بأن محكمة التميز الأردنية قد أخذت بهذا الاتجاه في العديد من أحكامها.

4 - أحسن المشرع الأردني حينما فصل بين مدة الضمان العشري التي تبدأ من تاريخ تسلم البناء وتنتهي بنهاية المدة المقررة قانوناً، وبين مدة تقادم دعوى الضمان التي تحمي هذه المسئولية والتي تبدأ من يوم اكتشاف العيب الموجب للضمان وحتى نهاية المدة المقرر قانوناً (المادة (791) من القانون المدني الأردني).

وبعد استعراض أهم النتائج نرى أنه من الضروري تقديم بعض التوصيات التي نأمل أن يأخذها المشرع الأردني بعين الاعتبار.

التوصيات

1- يؤخذ على المشرع الأردني إغفاله إضافة كلمة "ثابتة" بعد كلمة منشآت وذلك لتصبح منشآت ثابتة وذلك لتمييز المنشآت الثابتة عن الأخرى غير الثابتة مثل السفن والمساكن المتنقلة، وذلك لأنه لا يمكن القول أن المشرع قصد شمول أحكام الضمان العشري للمنشآت الثابتة وغير الثابتة، حيث أن وصف الثبات في الأرض يشكل ركناً أساسياً في وصف المحل الذي تسري عليه أحكام الضمان العشري ونأمل من المشرع الأردني أن يتدارك هذا القصور مستقبلاً، لذلك نقترح تعديل نص المادة (788) لتصبح على النحو التالي "....فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة...".

2- تعديل نص المادة (788) من القانون المدني الأردني بما يتناسب مع التطور المتلاحق في مجال العمار وذلك لتوافر ذات الدوافع والاعتبارات التي أدت إلى الأخذ بأحكام الضمان العشري وبالتالي لا بد من النص صراحةً على إخضاع كل من يشارك في عملية البناء والتشييد من مهندسين وفنيين، كما لا بد من إخضاع المقاول من الباطن لأحكام هذا الضمان سواءً في علاقته مع صاحب العمل أو مع المقاول الأصلي وذلك تأكيداً لتحقيق حماية صاحب العمل التي هي هدف المشرع من تقرير أحكام هذا الضمان أيضا تحقيق المصلحة العامة ولحث المقاول من الباطن على بذل أقصى طاقاته وأقصى عناية ممكنة حتى ينجز العمل على أكمل وجه.

3- أيضاً نرى ضرورة تعديل نص المادة السابق ذكرها تعديلاً من شأنه أن يوسع من نطاق العيوب الخاضعة لسريان أحكام الضمان العشري وذلك ليكون هناك توافقاً بين القانون والواقع، فقد رأينا في المادة (788) من القانون المدني الأردني أن الضمان يقتصر على التهدم (الكلي أو الجزئي) أو العيب الجسيم الذي يهدد متانة البناء وسلامته، لذلك نأمل أن تشمل هذه العيوب أيضاً أي عيب من شأنه أن يجعل البناء غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله، وعليه يكون نص المادة كالتالي ".....من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة، وعن كل عيب من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يجعله غير صالح لتحقيق الغرض".

4- النص في القانون المدني الأردني على شرط إخفاء العيب الموجب للضمان العشري وهذا الحل منطقي وذلك لأنه لا يمكن تطبيق الضمان العشري في ظل العيوب الظاهرة خاصةً أن صاحب العمل قد قبل البناء وأقرّه دون إبداء أي تحفظ من جانبه رغم علمه بتلك العيوب حيث يعتبر في هذه الحالة متنازلاً عن حقه في المطالبة بضمان تلك العيوب.

5- لم يأت المشرع الأردني على ذكر العقار بالتخصيص لذلك نرى أنه من الأهمية النص على خضوع العقار بالتخصيص لأحكام الضمان العشري خاصةً أنه في كثير من الأحيان يكون هذا العقار من الأهمية الوظيفية بحيث لا يمكن للعقار أن يؤدي وظيفته بدونه، وبالتالي يترتب على تعيب العقار بالتخصيص جعل البناء غير صالح لتأدية الغرض الذي أنشئ من أجله.

6- وحاصل القول هو أننا بحاجة إلى تدخل مشرعنا الأردني في نطاق أحكام الضمان العشري ليعيد تنظيمه بما يتماشى مع مقتضيات العصر، فما دام أن المشرع قد شدد من مسئولية المهندس والمقاول في مقاولات الأبنية وذلك بإيراد نصوص خاصة خروجاً على القواعد العامة في المسئولية الناشئة عن عقد المقاولة حيث لا يضمن المقاول عيوب عمله وفقاً لهذه القواعد إلا إذا كانت قديمة ومؤثرة لذلك فالأولى بالمشرع إيجاد قانون خاص بالمهندس والمقاول ومدى مسئوليتهما بعد تسليم البناء لصاحب العمل، ويعيد تنظيم أحكام هذا الضمان الخاص وذلك لتفعيل وزيادة الحماية المقصودة من هذه النصوص.

7- كما لا بد من إيجاد نوع من الرقابة يتم بمقتضاها مراجعة كل ما يتعلق بعملية التشييد والبناء، من حيث دراسة التربة المقامة عليها البناء ومراقبة التصميمات والمقاييس وفحص المواد المقدمة للتنفيذ ومتابعة التنفيذ ويكون ذلك من خلال تشكيل لجنة مشتركة من مندوب من نقابة المقاولين ومندوب من نقابة المهندسين إضافةً إلى مندوب من مديرية الدفاع المدني ووزارة الأشغال العامة والإسكان وذلك لتفعيل الرقابة على مثل هذا النوع من المشاريع حيث تكون هذه اللجنة مكونة من الجهات المعنية خاصةً إذا كانت المشاريع المنوي إنشاؤها ضخمة وهامة.

المراجع

الكتب:

أبو السعود، رمضان 2002، **النظرية العامة للالتــزام**، مــصادر الالتــزام، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة،.

أبو السعود، رمضان، 1999،شرح **مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق** دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،.

أبو شنب، أحمد عبد الكريم، 1998، **شرح قانون العمل الأردني الجديد**، جامعــة الإسراء، عمان،.

أبو قرين، أحمد عبد العال،2001 **المركز القانوني للمتدخلين في تنفيــذ عقــود المقاولات**، الطبعة الأولى،.

إتحاد المقاولين العرب، 1998 **دراسة حول المقاولة من الباطن**، الطبعة الأولى، الدار العربية للموسوعات،.

الأودن، سمير عبد السميع، 2000 **ضمان العيوب الخفية التي تقع على عــاتق بائع العقار ومشيدي البناء**، مكتبة الإشعاع للطباعــة والنــشر والتوزيــع، الإسكندرية،.

الأودن،سمير، 2000 **مدى مسئولية المهندس الاستــشاري مــدنياً فــي مجــال الإنشاءات**، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع الإسكندرية،.

البكري، محمد عزمي،(د،ت) **موسوعة شرح القانون المدني الجديــد**، العقــود المدنية الصغيرة، المجلد الثالث، عقد المقاولة، دار محمود للنشر والتوزيع.

الجارحي، مصطفى عبد السيد، 1988 **عقد المقاولة من الباطن**، دراسة مقارنــة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولــى، دار النهــضة العربيــة، القاهرة،.

الحسيني، عبد اللطيف، 1987، **المسئولية المدنية عن الأخطاء المدنية للطبيــب والمهندس المعماري والمقاول والمحامي**، الطبعة الأولى، الشركة العالميــة للكتاب، بيروت،.

الدوري، محمد جابر، 1985، **مسئولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه**، دراسة مقارنة، مطبعة عشتار، بغداد،.

الذنون، حسن علي؛ الرحو، محمد سعيد، 2004 **الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر،.

الزحيلي، وهبة، 1978، **العقود المسماة في قانون المقاولات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر،.

السرحان، عدنان، 1996، **شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة في المقاولة والوكالة والكفالة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

السنهوري، عبد الرزاق (د،ت)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، من الجزء الأول إلى الجزء العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة.

الشهاوي، قدري عبد الفتاح 2001 **عقد المقاولة في التشريع المصري**، دار منشأة المعارف بالإسكندرية،.

العامري، سعدون، 1991، **تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية**، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد،.

العبيدي، علي هادي، 1999، **العقود المسماة، البيع والإيجار**، الطبعة الثانية، المركز القومي، إربد.

العدوي، جلال علي، 1995، **الموجز في مصادر الالتزام**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

العطار، عبد الناصر توفيق، 1972 **تشريعات تنظيم المباني ومسئولية المهندس والمقاول**، مطبعة السعادة.

العمروسي، أنور2002، **العقود الواردة على العمل**، الطبعة الأولى، دار منشأة المعارف، الإسكندرية.

الفار، عبد القادر، 1996، **أحكام الالتزام: آثار الحق في القانون المدني**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الفضل، منذر، 1995، **النظرية العامة للالتزامات**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الفضلي، جعفر، **الوجيز في العقود المدنية**، البيع، الإيجار، المقاولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

الفكهاني، حسن، 2001، **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، الجزء السادس، الدار العربية للموسوعات، القاهرة.

المهدي، نزيه،1982، **دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول**، دار النهضة العربية، القاهرة.

المومني، أحمد سعيد، 1987 **مسئولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة** الطبعة الأولى، دار المنامة للنشر والتوزيع، الزرقاء.

المومني، 1989، **التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة**، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى.

النشار، محمد فتح الله، 2002، **حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

حجازي، عبد الحي 1954 **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، ط، مطبعة نهضة مصر.

حماد، رأفت محمد، 2005 **المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني**، دار النهضة العربية، القاهرة.

خضر، خميس، 1984 **عقد البيع في القانون المدني**، دار الفكر العربي.

سرور، محمد شكري، 1985، **مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى** دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة.

سرور، محمد شكري، 1994 **موجز تنظيم حق الملكية.**

سعد، نبيل(د،ت) **التنازل عن العقد**، المعارف الإسكندرية، بلا سنة نشر.

سلطان، أنور، 1987 **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الجامعة الأردنية، عمان.

سلطان، انور، 1952 **العقود المسماة**، البيع، الطبعة الثانية.

سيد أحمد، إبراهيم، 2005، **مسئولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء**، فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، مصر العقود الواردة على العمل، 2003، **عقد المقاولة فقهاً وقضاءً**، الطبعة الأولى، دار منشآة المعارف، الإسكندرية.

شعلة، محمد سعيد، 2002 **قضاء النقض المدني في العقود**، الجزء الثاني.

شنب، محمد لبيب، 1983 **شرح قانون العمل**، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة.

شنب،محمد لبيب، 2004، **شرح أحكام عقد المقاولة**، الطبعة الثانية، دار منشآة المعارف، الإسكندرية.

صابر، شربل طانيوس، 1998 **عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد** بيروت

طلبة، أنور، 2004 **العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة** المكتب الجامعي الحديث، أيضاً **الوسيط في القانون المدني**، 1997، الجزء الثاني، العقود المسماة، دار الفكر العربي، القاهرة.

صبرة، محمد محمود علي، 2005، **ترجمة العقود الإدارية**، دار الكتب القانونية، مصر.

عبد التواب، معوض، 1987، **مدونة القانون المدني**، الجزء الثاني، دار منشأة المعارف الإسكندرية.

عبد القادر، عزت، عقد المقاولة، **دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية**، بالمنيا، 2001

عنبر، محمد عبد الرحيم 1987 **الوجيز في عقد المقاولات والتوكيلات التجارية**، الطبعة الثانية.

عنبر،محمد، **أحكام عقد المقاولة** 1977 ، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، الطبعة الأولى، الهيئة العامة بشئون المطابع الأميرية،1972 **الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية (مدني، جنائي، دولي)**، الجزء الحادي عشر، عقد المقاولة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة.

غانم، إسماعيل، 1961-1962 **عقد العمل**.

غيث، فتحي، 1960 **قانون المهندس**، دار المعرفة.
فرج ، توفيق حسن، 1985 **البيع والمقايضة**، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر،
أيضاً، 1984 **عقد الإيجار**، دراسة لأحكام وقوانين الإيجارات، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت
قرة، فتحية، 1987 **أحكام عقد المقاولة**، دار منشآت المعارف، الإسكندرية.
كامل، سمير، 1995 **التأمين الإجباري من المسئولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء.**
كيرة، حسن، **المدخل إلى القانون**، الطبعة الخامسة.
محمود، محمد ماجد، 1997 **دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
مراد، محمد حلمي،(د،ت) **قانون العمل والتأمينات الاجتماعية**، الطبعة الرابعة.
مرسي، محمد كامل، 1952 **شرح القانون المدني المصري**، العقود المسماة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية ودار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.
مرقص، سليمان، 1980 **شرح القانون المدني**، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب للنشر، القاهرة.
1988، **الوافي في شرح القانون المدني**، الجزء الثاني، الالتزامات الطبعة الخامسة
مغبغب، نعيم، 1997، **عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة**، جميع الحقوق محفوظة للمؤلف.
منصور، أمجد محمد، 2001 **النظرية العامة للالتزامات**، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتميز، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
منصور، محمد حسين، 2003، **المسئولية المعمارية**، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية.
هاشم ، هشام رفعت، 1990، **شرح قانون العمل الأردني**، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، عمان.

ياقوت، محمد ناجي، 1985، **مسئولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها** دار منشآت المعارف الإسكندرية.
يحيى، عبد الودود 1964 **شرح قانون العمل**، الطبعة الأولى.
يسن، عبد الرازق حسين، 1987، **المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء**، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان.

الرسائل الجامعية:

أبو البصل، علي عبد الأحمد، 1990، **عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني**، دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية.
الغلمي، عبد العا (د،ت)، **الوكالة في الفقه الإسلامي مع التطبيق على الوكالة بالعمولة**، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة.
اليعقوب، ربحي،(د،ت) **واجبات ومسئولية المهندس ومقاول البناء في القانونين اللبناني والأردني**، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة اللبنانية بيروت.
بلال ، إبراهيم عثمان،(د،ت)، **تمليك العقارات تحت الإنشاء في القانونين المصري والفرنسي**، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإسكندرية.
بولحية، صالح عبد الوهاب، 1990، **التصرف الانفرادي كمصدر للحق الشخصي والالتزام في القانون المدني**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية.
جمعة، وليد، 2000، **حماية المقاول من الباطل في إطار عقود الأشغال العامة** رسالة دكتورة غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة.
حسين، شريف أحمد شريف، 1994 **المسئولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية.
سلامة، عبد الحميد أحمد السعد، 1994، **نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاولة في القانون الأردني**، دراسة مقارنة رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية.

عبيدات، نوري يوسف، 1994 **مسئولية المقاول المهندس المعماري في القانون المدني الأردني**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية.

قراريه، زياد شفيق، 2005، **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية نابلس.

الأبحاث والدوريات :

أبو علم، مصطفى، 1958، المسئولية عن تهدم البناء، **مجلة إدارة قضايا** الحكومة السنة الثانية، العدد الرابع، ص30 -40.

الزقرد، أحمد سعيد، 1998، دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والمنشآت في مواجهة المقاول أو المهندس، **مجلة الحقوق**، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، 503 -527.

غنام، محمد غنام، 1995، المسئولية الجنائية لمشيدي البناء (المقاول، مهندس البناء، صاحب البناء)، القسم الأول، **مجلة الحقوق**، السنة التاسعة عشرة، العدد الثالث، الكويت، 85 -177.

يحيى، عبد الودود، 1979، مسئولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها، **مجلة مصر المعاصرة**، مجلة ربع سنوية تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، السنة السبعون، العدد 375، ص117 -136.

السيرة الذاتية

الاسم: فريال خليل أبو سرحان

الكلية: الحقوق

التخصص: القانون

السنة: 2007م

العنوان البريدي: لا يوجد

الهاتف الأرضي والنقال: (00962796582102) (00972572497910)

الفاكس:

البريد الإلكتروني: feryalkH12@yahoo.com